

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

DISSERTAÇÃO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PROCEDIMENTO,
JUSTIFICAÇÃO E RESPONSABILIDADE**

MESTRANDO: MAURÍCIO MESURINI DA COSTA
Orientador: Prof. Dr. Sérgio U. Cademartori

FLORIANÓPOLIS / SC
MARÇO – 2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

DISSERTAÇÃO

**CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS: PROCEDIMENTO,
JUSTIFICAÇÃO E RESPONSABILIDADE**

Dissertação de mestrado como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC, área de concentração Direito, Estado e Sociedade, sob a orientação do Prof. Dr. Sérgio Urquhart Cademartori.

FLORIANÓPOLIS / SC
MARÇO – 2008

Dedico esta dissertação à minha família, à
minha noiva e aos meus amigos.

AGRADECIMENTOS

Ao professor e amigo Sérgio Cademartori por sua orientação, disponibilidade e sobretudo por ter acreditado mais em mim do que eu mesmo.

Aos professores e funcionários do CPGD.

Aos professores Cecília e Airton, pela substancial contribuição à minha formação científica.

Ao meu pai e às minhas mães (“cabeção” e edinha) pelo amor, pela motivação, pela confiança, pela liberdade e pela missão hercúlea de ter criado dois filhos de forma digna neste “país de banguelas”.

Ao meu pai, pela lição de superação e honestidade.

À minha mãe, pela lição de esforço e amor.

À minha avó (“cabeção”), pelas “varinhadas” na bunda.

Ao meu avô Orlando (*in memoriam*) que infelizmente não conheci, mas tenho certeza que se estivesse entre nós seria um dos primeiros a me dar um abraço.

Ao meu avô Antonio, pela firmeza de caráter.

À minha avó Alice (*in memoriam*) por ter me legado o amor à poesia.

Ao meu irmão Marcelo (Sossa), por todos os momentos vividos, pelos papos no silêncio da insônia e pela amizade que transcende qualquer distância. Irmão-amigo que eu sempre me espelhei, “Celo onde ocê vai eu também vou!”

Ao Japa, à Fran, ao Bruno (“Lord Bundinha”), ao Thomas (Cambojano) e à Sabrina (Adolescente), por terem sido minha família mais próxima nesses dois anos em floripa, meu muito obrigado.

Ao meu grande amigo e incentivador Roberto Lotero.

À minha amiga Simone Lotero, pelo incentivo e por ter me ajudado a formatar essa dissertação.

Aos meus amigos de mestrado, principalmente ao Alex por ter contribuído em muito nas reflexões sobre esse trabalho.

Aos amigos da “saúdosa maloca”.

À Jeanine, companheira de todas as horas, pelo amor, pelo apoio, pela compreensão e pelos momentos vividos.

Mauricio, você tá vendo aquele touro dentro daquele cercadinho? Tô sim vó. Pois então, saiba que ele só tá ali porque não sabe a força que tem. Quando souber, nenhuma cerca vai segurá-lo”.

Duzolina Sofiglio Mesurini, minha avó.

RESUMO

Nos últimos anos, principalmente em razão da jurisdição constitucional, tornou-se necessário estudar o controle judicial de políticas públicas. O objetivo desta pesquisa é investigar a possibilidade desta modalidade de controle da Administração Pública no âmbito do Estado Constitucional. Para tanto, se faz necessário pesquisar uma teoria jurídico-política compatível com esse modelo de Estado e que possa servir como um suporte teórico para a justificação do controle. Também, se faz necessário investigar se existe no ordenamento jurídico pátrio um procedimento judicial adequado para instrumentalizar essa modalidade de controle. Por fim, é forçoso conceber uma proposta de controle que seja responsável, ou seja, que pondere os limites e as possibilidades fáticas da decisão judicial. A problemática da pesquisa, portanto, comporta um debate sobre a justificação, o procedimento e a responsabilidade do controle judicial de políticas públicas. Essa pesquisa procura ofertar o *garantismo jurídico* como teoria de justificação, a Ação Civil Pública como procedimento judicial e a análise orçamentária juntamente com a reserva do possível como imperativo de responsabilidade da decisão judicial. Essa pesquisa destina-se ao controle judicial de políticas públicas voltadas à satisfação e proteção dos direitos fundamentais à saúde e à educação.

Palavras-chave: 1. Políticas públicas; 2. Controle judicial; 3. Garantismo jurídico; 4. Direitos fundamentais sociais.

SUMMARY

In the last few years, mainly because of the constitutional jurisdiction, it became necessary to study the juridical control of public politics. The objective of this research is to investigate the possibility of this modality of the Public Administration control in terms of the Constitutional State. Therefore, it is necessary to research a politic-juridical theory compatible with this State model and that it can serve as a theoretic support for the justification of the control. It is also necessary to investigate whether it exists a suitable judicial procedure in the native juridical ordainment to qualify this modality of control. Finally, it is forcible to conceive a proposal of control that is responsible, that is, considering the limits and the phatic possibilities of the judicial decision. The set of problems of this research, therefore, admits a debate about the justification, the procedure and the responsibility of the judicial control of public politics. This research intends to offer the *juridic guarantee* as theory of justification, the *Public Civil Action* like judicial procedure and the budget *analysis with the stock of the possible* like imperative of responsibility of judicial decision. This research is meant for the judicial control of public politics faced to the satisfaction and protection of the main rights of health and education.

Key-words: 1. Public Politics; 2. Judicial control; 3. Juridical guarantee; 4. Main social rights.

RESUMEN

En los últimos años, principalmente en razón de la jurisdicción constitucional, se tornó necesario estudiar el control judicial de políticas públicas. El objetivo de esta pesquisa es investigar la posibilidad de control de la Administración Pública en el ámbito del Estado Constitucional. Por lo tanto, se hace necesario investigar una teoría jurídico-política compatible con ese modelo de Estado y que pueda servir como un soporte teórico para la justificación del control. También, se hace necesario investigar si existe en el ordenamiento jurídico patrio, un procedimiento judicial adecuado para instrumentalizar esa modalidad de control. Por fin es forzoso concebir una propuesta de control que sea responsable, o sea, que pondere los límites y las posibilidades concretas de la decisión judicial. La problemática de la pesquisa, por lo tanto, comporta un debate sobre la justificación, el procedimiento y la responsabilidad del control judicial de políticas públicas. Esa pesquisa procura ofrecer el *garantismo jurídico* como teoría de justificación, a la *Acción Civil Pública* como procedimiento judicial y el análisis presupuestario juntamente con la *reserva de lo posible* como imperativo de responsabilidad de la decisión judicial. Esa investigación se destina al control judicial de políticas públicas destinadas a la satisfacción y protección de los derechos fundamentales a la salud y a la educación.

Palabras claves: 1. Políticas públicas; 2. Control judicial; 3. Garantismo jurídico; 4. Derechos fundamentales sociales.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. POLÍTICAS PÚBLICAS.....	15
1.1. O Estado Constitucional.....	15
1.2. O Estado Social e a Administração Pública.....	23
1.3. Políticas Públicas.....	28
1.3.1. Conceito.....	28
1.3.2. Objeto de controle.....	34
1.3.3. Hipóteses de controle.....	39
1.4. Direito à saúde e à educação: uma análise dogmática.....	46
1.5. Ética da responsabilidade e ética da convicção: proposta de uma racionalidade para o controle judicial de políticas públicas.....	53
2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	62
2.1. Direitos fundamentais na teoria garantista e interesses difusos.....	62
2.2. Uma abordagem sociológica da Ação Civil Pública e do Poder Judiciário.....	70
2.3. Ação Civil Pública e políticas públicas.....	78
2.4. O controle judicial de políticas públicas e o Ministério Público.....	81
2.5. Audiência pública judicial.....	84
3. UMA CONCEPÇÃO GARANTISTA DO ESTADO DE DIREITO.....	90
3.1. Contexto de descobrimento e contexto de justificação.....	90
3.2. A teoria garantista e as diversas acepções da palavra garantismo.....	92
3.2.1. O garantismo enquanto modelo normativo de Direito.....	94
3.2.2. Garantismo enquanto filosofia do Direito e crítica da política.....	96
3.3. Garantismo jurídico e legitimidade do poder político.....	99
3.4. Condições de validade do Estado de Direito.....	103
3.5. Democracia formal e democracia substancial.....	106
3.6. A teoria dos direitos fundamentais e a democracia substancial.....	109
3.7. A garantia dos direitos fundamentais sociais.....	111
3.8. Discrecionabilidade administrativa, garantismo jurídico e políticas públicas.....	122
4. LIMITES E POSSIBILIDADES FÁTICOS DA DECISÃO JUDICIAL DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: RESERVA DO POSSÍVEL E ORÇAMENTO PÚBLICO.....	130
4.1. A “reserva do possível”.....	131
4.2. Teoria garantista, reservas orçamentárias mínimas e dever de progresso.....	136
4.3. Notas sobre Direito Financeiro.....	139
4.4. Vedações constitucionais em matéria orçamentária.....	145
4.5. Estado constitucional e orçamento público.....	147
4.6. Repercussões orçamentárias da decisão judicial de controle de políticas públicas.....	152
4.6.1. Créditos orçamentários não efetivados.....	153
4.6.2. Créditos orçamentários efetivados.....	154
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	163
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	175

INTRODUÇÃO

*“Pedro pedreiro penseiro esperando o trem.
Manhã parece, carece de esperar também para o bem de quem tem bem de quem não tem vintém.
Pedro pedreiro fica assim pensando, assim pensando o tempo passa e a gente vai ficando pra trás.
Esperando, esperando, esperando, esperando o sol, esperando o trem, esperando aumento desde o ano passado para o mês que vem.”
Chico Buarque de Holanda*

Chico Buarque de Holanda, no auge de sua poesia, personificou o povo brasileiro na alegoria de Pedro pedreiro. O brasileiro é um Pedro pedreiro esperando a *“esperança aflita, bendita, infinita do apito de um trem”*. Espera embarcar no trem da educação, da saúde, do emprego, da cultura, da cidadania,...

A “Carta Cidadã” de 1988 prescreveu inúmeros direitos sociais. No entanto, é sabido que a Constituição carece de efetividade em muitos aspectos e por inúmeros motivos. Entre estes é possível mencionar a *ausência*, a *insuficiência*, a *ineficácia* e a *inadequação* de políticas públicas objetivando a satisfação e proteção dos direitos fundamentais sociais. Sendo assim, o objeto desta pesquisa será analisar o controle judicial de políticas públicas.

De plano é necessário mencionar que esse trabalho não comunga da idéia de um “governo de juízes”, tampouco de um “juiz Hércules”. O poder Judiciário, bem como o Direito - incluindo a Constituição -, possuem limites. A caneta do magistrado não é como o bastão de Moises que opera milagres, o juiz não é um super-herói. Não se pode olvidar que o magistrado trabalha a partir de um ordenamento jurídico e de um Estado limitados. Ocorre que é possível notar no Brasil, sem muito esforço, o fosso entre pretensões normativas e realidade, entre “Carta escrita” e “Carta real”. Partindo do atual modelo constitucional, os propósitos dessa pesquisa se centram no plano da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

A Constituição de 1988, enquanto produto da vontade soberana, é uma realidade que determina a satisfação de inúmeros direitos fundamentais, bem como indica os fins que a República deve perseguir, posto isto, quais são os reais efeitos dessa Carta política? Será que essas diretrizes não passam de poética constitucional, de “constitucionalização simbólica”?

Nos últimos anos é possível perceber um constante manejo de pedidos judiciais, individuais e coletivos, visando uma interferência do Poder Judiciário em

questões que antes eram tidas de exclusiva competência do Poder Executivo.¹ Desses pedidos é possível extrair decisões nem sempre harmônicas, gerando a necessidade de estudos acerca do controle judicial de políticas públicas. Inúmeros pedidos judiciais são negados sob o argumento da separação dos poderes, da discricionariedade administrativa e da reserva do possível. De outra banda, muitas das decisões judiciais proferidas esbarram na ineficácia do provimento haja vista o argumento da impossibilidade fática.

A partir dessas constatações, torna-se de extrema relevância uma reflexão sobre o controle judicial de políticas públicas e suas possibilidades. No campo jurídico, as reflexões sobre o tema não se encontram muito desenvolvidas em nosso país. Talvez pela novidade da discussão não existem muitos trabalhos que tratam especificamente sobre o tema, sendo assim, torna-se urgente pesquisar essa nova realidade experimentada pelo Poder Judiciário pátrio. Portanto, o presente trabalho oferecerá uma singela contribuição para essa linha de pesquisa que ainda tem um grande caminho para trilhar.

Outrossim, ao focar o controle judicial de políticas públicas pela perspectiva garantista e a partir da Ação Civil Pública, objetiva-se oferecer subsídios teóricos e práticos visando a máxima satisfação da dimensão substancial da democracia no Brasil. Um adequado estudo sobre o controle judicial de políticas públicas pode trazer importantes contribuições para a compreensão desse fenômeno, bem como para fornecer os suportes teóricos e práticos necessários para um *democrático ativismo judicial progressista*.²

Essa pesquisa procura fornecer elementos para a construção de uma dogmática adequada para o controle judicial de políticas públicas, não somente

¹ STF. ADPF 45/04 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 29.04.2004. DJ 04/05/2004 P – 00012 (*possibilidade de controle judicial de políticas públicas quando da inércia dos poderes políticos competentes – Legislativo e Judiciário – algum direito de estatuta constitucional é violado*). STJ. Resp 493.811/SP. Rel. Eliane Calmon (*criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras e toxicômanos, voltado à criança e à juventude*). Autos de Ação Civil Pública sob nº 038.03.008229-0. Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Joinville/SC. Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa (*construção de creches no Município de Joinville*). Autos de Ação Civil Pública sob número 2006.80.00.5982-8, Justiça Federal, 2ª Vara Federal Cível, Seção Judiciária de Alagoas, Juiz Federal Sérgio José Wanderley de Mendonça (*instalação de leitos de UTI's e UCI's neonatais*).

² Desde já se faz necessário esclarecer esta expressão. “*Democrático*” no que tange à *dimensão substancial* da democracia, conforme a teoria garantista (vide capítulo terceiro). “*Ativismo*” no sentido de um Judiciário menos passivo no mecanismo dos “freios e contrapesos”. “*Progressista*” no sentido de um Judiciário comprometido com o cumprimento das diretrizes constitucionais.

incentivando uma postura mais ativa do Judiciário, mas também procurando fixar limites à sua atuação.³

Assim sendo, esse trabalho pretende investigar a possibilidade do controle judicial de políticas públicas no âmbito do Estado constitucional. Visando responder a essa problemática, esta pesquisa optou por percorrer três caminhos diversos, ou seja, para responder a indagação sobre a possibilidade do controle judicial de políticas públicas no Estado constitucional, torna-se necessário pesquisar um *procedimento* que viabilize tal controle da Administração Pública, uma teoria de *justificação* e um suporte de *responsabilidade* ao controle.

Esta pesquisa parte da premissa de que é possível o controle judicial de políticas públicas no Estado constitucional. Existe no ordenamento jurídico pátrio um procedimento adequado. No plano teórico, há uma teoria de base adequada que justifica o controle em comento. Também, o Poder Judiciário, por um imperativo de responsabilidade, pode encontrar na reserva do possível e na análise orçamentária, importantes referências para aferir os limites e as possibilidades fáticas da decisão judicial de controle de políticas públicas.

Quanto ao *procedimento*, procurar-se-á investigar a possibilidade da Ação Civil Pública funcionar como um instrumento processual adequado para viabilizar o controle judicial de políticas públicas. Impende mencionar que esse trabalho compulsará a Ação Civil Pública tendo como legitimado ativo apenas o Ministério Público.

Quanto à *teoria de justificação* para o controle judicial de políticas públicas, essa pesquisa partirá do garantismo jurídico. Buscar-se-á demonstrar que a teoria garantista é coerente com o ordenamento jurídico brasileiro e pode funcionar como uma teoria de base para justificar o controle judicial de políticas públicas no Estado constitucional.

No plano da *responsabilidade*, essa investigação buscará oferecer alguns suportes teóricos para aferir os limites e as possibilidades fáticas da decisão judicial de controle de políticas públicas, analisando a reserva do possível e o orçamento público.

³ É importante mencionar que dividimos a preocupação com o decisionismo judicial, ocorre que esse tema transcende os limites dessa dissertação, tornando-se necessário, quem sabe em uma futura pesquisa, refletir sobre uma teoria da argumentação para o controle judicial de políticas públicas.

Impende mencionar que o suporte de justificação e o suporte de responsabilidade derivam da necessidade de se conceber a política pública a partir de uma racionalidade instrumental que procura satisfazer e proteger as disposições constitucionais. Como será visto no primeiro capítulo, essa pesquisa concebe a política pública a partir das duas éticas weberianas, sendo assim, o controle judicial de políticas públicas também deve se guiar a partir dessas éticas. Desse modo, o garantismo jurídico estará para a *ética de convicção* e os limites e possibilidades fáticos da decisão judicial de controle para a *ética de responsabilidade*.

Portanto, adotar-se-á como marco teórico o garantismo jurídico proposto por Luigi Ferrajoli, que muito tem contribuído à teoria do Direito, à filosofia política e à compreensão do Estado constitucional. Igualmente, como instrumento processual para viabilizar o controle judicial de políticas públicas, será utilizada a Lei 7.347/85 que disciplina a Ação Civil Pública e os debates teóricos referentes a essa ação processual. Ademais, visando ofertar um suporte de responsabilidade ao controle judicial de políticas públicas, a reserva do possível e o orçamento público serão abordados.

Importante mencionar que esse trabalho, por delimitação do objeto estudado, analisará apenas o controle judicial de políticas públicas em relação à satisfação e proteção dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação, por meio de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público. Ademais, esta pesquisa centrar-se-á na atuação na Administração Pública na satisfação e proteção dos direitos sociais.

Pois bem, no primeiro capítulo será definida a estrutura do Estado constitucional, bem como se buscará compreender os reflexos dos direitos fundamentais sociais na atuação da Administração Pública. Também, será delimitado o *conceito* de política pública, o *objeto* e as *hipóteses* do controle judicial e serão examinados os fundamentos dogmático-constitucionais dos direitos à saúde e à educação. Ao final do capítulo será ofertada uma proposta de controle judicial de políticas públicas a partir das duas éticas weberianas.

No segundo capítulo, a partir da construção teórica de Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais à educação e à saúde serão caracterizados como *interesses difusos* (art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90). A partir daí, será abordada a Ação Civil Pública como uma ferramenta processual adequada para

viabilizar o controle judicial de políticas públicas. Ademais, nesse capítulo será feita uma abordagem sociológica da Ação Civil Pública e do Poder Judiciário, bem como será feito um estudo estabelecendo as relações entre políticas públicas, Ação Civil Pública e Ministério Público. Também, pretende-se estudar a audiência pública judicial como um mecanismo que auxilie no controle judicial de políticas públicas aumentando o potencial democrático do procedimento judicial.

No terceiro capítulo, a teoria garantista será o objeto de estudo. Buscar-se-á oferecer o garantismo jurídico como uma teoria de justificação do controle judicial de políticas públicas, principalmente pelo modo que os direitos fundamentais sociais são concebidos por essa teoria. Segundo o garantismo jurídico, o princípio do Estado social consiste em que “nem sobre tudo se pode deixar de decidir”, sendo assim, os direitos sociais circunscrevem os temas que não podem deixar de ser decididos, vinculando, portanto, a esfera de decisão dos poderes públicos.

Por fim, por um imperativo de ética de responsabilidade na decisão judicial de controle de políticas públicas, os limites e possibilidades fáticos da decisão judicial serão compulsados. A partir da compreensão da reserva do possível e da mecânica do orçamento público, serão oferecidas algumas bases para que o controle judicial de políticas públicas seja um controle responsável.

1. POLÍTICAS PÚBLICAS

Este capítulo tem como objetivo inicial definir a estrutura do Estado constitucional e compreender os reflexos dos direitos fundamentais sociais na atuação da Administração Pública. Também, será delimitado o *conceito* de política pública, o *objeto* e as *hipóteses* do controle judicial e serão analisados os fundamentos dogmático-constitucionais dos direitos à saúde e à educação. Ao final será ofertada uma proposta de controle judicial de políticas públicas a partir das duas éticas weberianas.

1.1. O Estado constitucional

Nesse item apenas será trabalhado o Estado constitucional em sua estrutura. Dessa forma, serão analisados alguns autores que buscam oferecer elementos estruturais visando à identificação de um Estado constitucional, ou seja, aquele modelo de Estado que conta com um ordenamento jurídico constitucionalizado.¹

Guastini busca uma definição conceitual da expressão “constitucionalização do ordenamento jurídico”. Para o autor, essa definição retrata um processo de transformação que se exaure na impregnação do ordenamento por normas constitucionais (2003, p. 49).

Segundo o autor, a constitucionalização é um *processo* gradual e não um conceito bipolar (verdadeiro/falso). Visando elaborar um conceito preciso de constitucionalização do ordenamento, Guastini aponta uma lista de condições de constitucionalização que não pretende ser completa e exauriente, mas apenas um ponto de partida. Essa lista conta com sete condições, onde as duas primeiras são necessárias para a constitucionalização, enquanto que as demais promovem um grau distinto ao processo (2003, p. 49).

A primeira condição necessária é a *rigidez constitucional*. Para o autor, uma Constituição é rígida quando é escrita e quando está “protegida” da legislação ordinária, ou seja, o procedimento de mutação constitucional é diferenciado do procedimento da legislação ordinária (geralmente o *quorum* para a votação é

¹ Nem todo sistema jurídico dotado de Constituição pode ser chamado de Estado constitucional. O Estado constitucional, da forma concebida atualmente, começa a se desenhar ao final da segunda grande guerra. O Estado constitucional é uma especificação ao conceito genérico de Estado de Direito e tem como características fundamentais a superioridade constitucional, a constitucionalização dos direitos fundamentais e o controle material sobre o exercício dos poderes públicos (PRIETO, 1999, p.31-32).

qualificado e não pela maioria simples - v.g. art. 60 CRFB). A rigidez constitucional conduz a uma superioridade das normas constitucionais no ordenamento. A constitucionalização é mais acentuada quando, além da rigidez, a Constituição conta com um conjunto de normas imutáveis, ou seja, indisponíveis até para o poder de revisão (poder constituinte derivado reformador) (GUASTINI, 2003, p. 50-51).²

A segunda condição *necessária* é a *garantia jurisdicional da Constituição*. Essa condição decorre da primeira, pois não há que se falar em Cartas rígidas se não houver um controle constitucional das leis, que aborde questões formais e sobretudo materiais (GUASTINI, 2003, p. 51). Em regra, todos os Estados democráticos possuem algum sistema de controle. No Brasil, existe o *controle concentrado*, exercido pelo Supremo Tribunal Federal, onde as leis são analisadas *in abstracto*, bem como o *controle difuso*, exercido pelos juízes e tribunais, onde as leis e atos normativos são analisados *in concreto*. Impende mencionar que a Constituição brasileira prevê como cláusula pétrea a inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV, CRFB). Tal previsão é uma importante garantia não somente aos direitos infraconstitucionais, mas sobretudo aos direitos constitucionais.

A terceira condição para a constitucionalização do ordenamento é a *força vinculante da Carta*. Essa condição expressa a ideologia constitucional de um dado país, tendo em vista que as modernas Constituições são *dirigentes*.³ Sendo assim, a aplicabilidade das normas-princípio vai depender do pensamento constitucional da cultura jurídica do país. Algumas doutrinas lecionam que a Constituição é apenas um manifesto político, cabendo a sua concretização à discricionariedade do legislador e do administrador, assim, o Judiciário não pode aplicar diretamente as normas constitucionais, mas apenas as leis que as regulamentam. Ocorre que um dos elementos essenciais do processo de constitucionalização é a difusão, no imaginário jurídico, da idéia de que toda a Constituição é uma norma jurídica genuína, vinculante e produtora de efeitos jurídicos (GUASTINI, 2003, p. 52-53).⁴

² É o caso, na Constituição brasileira, das chamadas cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CRFB).

³ Sobre o conceito de Constituição dirigente vide CANOTILHO. J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

⁴ No Brasil, muito embora as vozes dissidentes, a doutrina tende a pender para a força vinculante da Carta. Os Tribunais ainda se mostram reticentes nessa postura, mas é possível dizer que há uma onda crescente no Judiciário, principalmente na primeira instância, em prol da força vinculante. No que tange à famosa discussão sobre as ditas “normas programáticas”, tais como o artigo 3º da CRFB que fixa os objetivos da República, vale mencionar que tais objetivos são *juridicamente* vinculantes a todos os órgãos do Estado. Conforme Comparato: “A juridicidade de tais normas que simplesmente declaram fins (as Zielnormen dos alemães), ou que impõem a realização de determinado programa de atividades – as normas propriamente programáticas -, já não pode ser

No âmbito dessa discussão é possível inserir o debate sobre a força normativa da Constituição. Sieyès já falava que uma Constituição ou era um corpo de leis obrigatórias ou não era nada (1997, *passim*). Hesse, contrapondo-se a Lassalle, procurou sustentar a tese de que a Constituição não devia ser considerada a parte mais fraca, mas que existiam pressupostos realizáveis que permitiam assegurar a força normativa da Carta.⁵ Assim sendo, havia um condicionamento recíproco entre a Carta jurídica e a realidade político-social, bastaria se aferir, em cada caso, os limites de possibilidade da Constituição e seus pressupostos de eficácia (1991, p. 11-13). Kelsen, explicitamente, concebeu a Constituição como norma suscetível de violação, seja por ação ou omissão (1999, p. 03-04).

Aqui não é o momento de se levantar amplas digressões sobre a construção histórica da Constituição enquanto norma, mas impende mencionar que no atual momento histórico um dos pressupostos estruturais do Estado constitucional é a

posta em dúvida nesta altura da evolução jurídica" (1997, p. 354). Vide SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. BARCELOS, Ana Paula de. **Eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁵ Hesse procura rebater as teses defendidas por Lassalle no sentido de que a capacidade regulatória da Constituição dependeria diretamente de sua compatibilidade com os "fatores reais de poder" (Constituição real). Hesse admite que a história constitucional parece ensinar que o poder da força sempre é superior que o poder das normas. No entanto, aceitar passivamente essa premissa é cair na total negação do Direito Constitucional enquanto ciência jurídica (normativa), transformando-o em uma ciência empírica responsável pela triste função de legitimar as relações de poder dominantes (*Realpolitik*). Visando contrapor-se a essa visão estática do Direito Constitucional, Hesse admite que a Constituição possui uma força normativa própria - ainda que limitada - mas capaz de motivar e ordenar a vida estatal. Inicialmente, Hesse procura defender o condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social. Para tanto, torna-se necessário evitar unilateralismos sustentando a radical separação entre "ser" e "dever ser". Qualquer visão unilateral é capaz de conduzir a pólos antagônicos, seja uma norma sem realidade, seja uma realidade sem norma. Assim, torna-se necessário encontrar um meio-termo. De fato, a norma constitucional não tem existência autônoma, no entanto, as *pretensões de eficácia* se associam autonomamente às *condições de realização*. Sendo assim, em razão das pretensões de eficácia da norma, a Constituição busca ordenar e conformar a realidade, a Carta, portanto, é determinada e determinante da realidade social. Essa reciprocidade deve ser diferenciada, mas jamais separada ou confundida. Quanto aos limites e possibilidades da "Constituição jurídica", Hesse diz que há um condicionamento recíproco entre "Carta real" e "Carta escrita", mas não dupla dependência. A Carta escrita possui significado próprio e uma pretensão de eficácia autônoma à realidade, mas não de forma absoluta. Sendo assim, a Carta adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia. Ocorre que a pretensão de eficácia da norma não pode olvidar as condições históricas reais, a Constituição não pode emprestar forma e modificação à realidade onde não existe força a ser despertada. Assim, a Constituição, *per se*, não pode criar nada, mas pode influenciar na realidade político-social impondo tarefas. Os pressupostos de eficácia da norma constitucional são encontrados no *conteúdo* e na *práxis constitucional*. Quanto maior a correspondência do conteúdo da Carta à natureza do presente, mais seguro será o desenvolvimento da sua força normativa. A Constituição deve ser adaptável às mudanças históricas, para tanto - além das normas de organização -, a Carta deve conter poucos princípios fundamentais e evitar a constitucionalização de interesses momentâneos que geram inúmeras revisões em detrimento da força normativa. Ainda quanto ao conteúdo, a Carta deve ter uma estrutura plural para manter sua força normativa em um mundo de mudanças. Para manter a força normativa de um princípio fundamental, a Constituição deve abarcar, por ponderação, os elementos opostos a ele. Segundo o autor, "Direitos fundamentais não podem existir sem deveres, a divisão de poderes deve pressupor a possibilidade de concentração de poder, o federalismo não pode subsistir sem certa dose de unitarismo". Outro pressuposto de eficácia é a *práxis constitucional*. Para Hesse, a interpretação - no sentido de ótima concretização da norma - é fundamental para a força normativa. A *práxis constitucional* deve se guiar por uma "vontade de constituição" e não por uma "vontade de poder" (HESSE, 1991, 09-18). Vide HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.

força ordenadora da Lei Maior. Uma das premissas do atual constitucionalismo é a normatividade da Constituição, ou seja, o reconhecimento da *força imperativa* das normas constitucionais.⁶ Portanto, muito embora a essência política da Constituição, não podemos olvidar seu importante conteúdo jurídico.⁷

A *normatividade constitucional* não pode ser estudada sem que haja uma reflexão sobre a *rigidez* e a *centralidade* da Constituição.⁸ A rigidez constitucional conduz à superioridade da Constituição no ordenamento jurídico; a centralidade constitucional faz com que todo o Direito seja compreendido e interpretado a partir da Constituição e não o contrário.⁹

A quarta condição, estreitamente ligada com a antecedente, Guastini nomeia de “*sobreinterpretación*” da Carta. Essa condição depende da postura dos interpretes frente à Constituição, principalmente os juízes. O autor leciona que toda Carta pode ser interpretada literalmente ou extensivamente. A “*sobreinterpretación*” se refere a este último método de interpretação, devendo o jurista extrair da Constituição as normas implícitas capazes de regular a vida política e social. Assim, quando a Constituição é “sobreinterpretada”, não sobram espaços vazios, ou seja, livres do Direito Constitucional. Dessa forma, todas as decisões políticas estão pré-reguladas por normas constitucionais (2003, p. 53-55).¹⁰

⁶ BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 08.02.2007. Imperatividade no sentido weberiano de “*garantia externa*” exercida pelo Direito. Ou seja, a probabilidade de coação (física) exercida por determinado quadro de pessoas, cuja função específica consiste em forçar a observação da ordem ou castigar quando da sua violação (WEBER, 1991, p. 19).

⁷ “Embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política” (BERCOVICI, 2003, p. 177). A Constituição abarcaria três dimensões que se relacionam interligadamente: *democrática* (formação da unidade política, entendendo-se o Direito constitucional enquanto compromisso e conflito); *liberal* (coordenação e limitação do poder estatal); *social* (configuração social das condições de vida) (SCHENEIDER, apud BERCOVICI, 2003, p. 178). “O significado da Constituição, portanto, não se esgota na regulação de procedimentos de decisão e de governo, nem tem por finalidade criar uma integração alheia a qualquer conflito. Nenhuma de suas funções pode ser entendida isoladamente ou absolutizada. Mas fundamentalmente, a Constituição, como afirmou Hans Peter Schneider, é direito político: do, sobre e para o político” (BERCOVICI, 2003, p. 178). Sobre a necessária compreensão da Constituição enquanto realidade política e não apenas como um documento exclusivamente jurídico, ver BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In. **Revista Lua Nova**. n. 61. São Paulo: CEDEC, 2003.

⁸ Segundo Barcelos, o neoconstitucionalismo se caracteriza pela consolidação dessas três características (normatividade, rigidez e centralidade da Carta), se localizando em uma passagem do nível teórico ao prático, tendo em vista o desafio de transformar essas três características em técnicas dogmáticas consistentes e manejáveis na prática. BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 08.02.2007.

⁹ BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 08.02.2007.

¹⁰ Importante mencionar que essa saturação do espaço político pela Constituição fomenta grandes debates na teoria constitucional e na teoria política. Outrossim, conduz a inúmeros questionamentos sobre o decisionismo judicial. Nesse sentido ver BAYÓN, Juan Carlos. *Derechos, democracia y constitución*. In. **Neoconstitucionalismo(s)**. (Org.) Miguel Carbonell. Madrid. Trotta, 2003. BARBERIS, Mauro.

A quinta condição, estreitamente ligada às duas antecedentes, é a *aplicação direta das normas constitucionais*. Essa condição depende da difusão de certa concepção de Constituição na cultura jurídica, bem como da atitude dos juízes. Em uma leitura liberal, a Carta é vista apenas como uma regulação entre Estado e cidadão, assim, a aplicação direta das normas só pode ser feita em conflitos envolvendo o poder público e o cidadão. Já o constitucionalismo atual concebe a Constituição como modeladora das relações sociais, conseqüentemente, há uma tendência em pensar que as normas constitucionais, sobretudo os princípios e normas programáticas, podem ser aplicadas diretamente por qualquer juiz e em qualquer controvérsia, inclusive entre particulares.¹¹ Também, no atual modelo, a legislação não está apenas limitada, mas deve ser a execução dos programas traçados na Carta (GUASTINI, 2003, p. 55-56). Assim sendo, a função legislativa e a executiva devem primar pela concretização do programa constitucional.¹²

A sexta condição se relaciona com a técnica de interpretação das leis, tendo em vista que elas devem ser *interpretadas conforme a Constituição*. Assim, a lei deve ser adequada e harmonizada conforme a Carta. Portanto, tal técnica procura conservar a validade de uma lei que, de outra forma, deveria ser invalidada (GUASTINI, 2003, p. 57).

A sétima condição é *a influência da Constituição sobre as relações políticas*. Esta condição é complexa, dependendo do *conteúdo da Carta*, da *postura dos juízes*, da *atividade dos órgãos constitucionais* e dos *atores políticos*. No que tange à postura dos juízes, a questão se polariza entre aqueles que preferem não adentrar em “questões políticas”, deixando esse campo reservado à discricionariedade política, e aqueles que preferem enfrentar temas de repercussão política, controlando a discricionariedade comumente a partir do princípio da igualdade, do juízo de razoabilidade e, quando presente uma colisão de princípios, o uso da ponderação. No que concerne à postura dos atores políticos, Guastini apenas menciona que as normas constitucionais podem servir como um suporte de

Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral. Neoconstitucionalismo(s). (Org.) Miguel Carbonell. Madrid. Trotta, 2003.

¹¹ É importante registrar que essa aplicação entre particulares não é um ponto pacífico na doutrina. No entanto, somos simpáticos à tese que afirma a possibilidade da aplicação - ainda que limitada em alguns aspectos - das normas constitucionais nas relações privadas.

¹² Importante mencionar que a Constituição brasileira conta com um dispositivo constitucional que prevê a aplicação imediata das normas definidoras de direitos fundamentais e de suas garantias (art. 5º, §1º, CRFB). Vide BARCELOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

justificação de ações e decisões. Ou seja, o discurso político pode se servir de aportes normativo-constitucionais para se legitimar (2003, p. 56-58).

Quanto à influência da Constituição sobre as relações políticas e sociais, não se pode olvidar o traço marcante dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito liberal (séc. XIX) promove centralidade na idéia de soberania popular, conseqüentemente, a lei passa a ser o elemento de integração do Direito. Nesse modelo de Estado não se contemplava um catalogo de direitos fundamentais supraordenados e limitadores da atuação estatal (não havia um controle de constitucionalidade do poder), o único direito fundamental era o princípio da legalidade (PRIETO, 1998, p. 33).

Com a substituição do Estado liberal de Direito pelo Estado constitucional, cuja característica central é o controle substantivo do poder a partir de direitos fundamentais supraordenados e concebidos com força normativa,¹³ a Constituição passa a ser o elemento de integração do Direito. O núcleo do constitucionalismo é a concepção de uma meta-norma (fonte direta de dtos e obrigações) imediatamente aplicável pelos operadores jurídicos, com supremacia normativa, abarcando, valores, princípios, finalidades, prioridades e direitos fundamentais (PRIETO, 1998, p. 31-35).

Portanto, a partir da Carta se extraem as normas que informam “quem” e “como” se exerce o poder político (legitimação formal), bem como, por força dos direitos fundamentais, a delimitação material da esfera de decisão política. Dessa forma, no Estado constitucional, o protagonismo jurídico-político não é mais exclusivo do legislador, pois ele passa a dividir espaço com o juiz (PRIETO, 1998, p. 31-35). Como disse Zagrebelsky, o Direito no Estado constitucional não tem mais senhores (1995, p. 153).

Os direitos fundamentais, desdobrados em direitos liberais e sociais, aparecem como um dos mais relevantes suportes do Estado constitucional. Em consonância com as condições de constitucionalização do ordenamento, os direitos fundamentais se localizam no sistema jurídico de uma forma peculiar, pois seu *locus* normativo, em regra, é a Constituição. Destarte, por imposição de um princípio lógico do ordenamento jurídico (*lex superior derogat legi inferiori*), toda norma jurídica que contrarie os direitos fundamentais deve ser reputada como inconstitucional.

¹³ É importante advertir que não cabe fazer juízos maniqueístas entre Estado liberal de Direito e Estado constitucional. Muitas estruturas do Estado constitucional decorrem de longa sedimentação histórica, encontrando suas raízes nas idéias liberais do século XIX.

Os direitos fundamentais gozam de máxima força jurídica, pois em muitas Constituições eles aparecem com força vinculante e são plenamente justiciáveis.¹⁴ Quanto ao seu objeto, mediante os direitos fundamentais se decide sobre a estrutura básica da sociedade, por isso adquirem uma centralidade de análise de tamanha importância no Estado constitucional.¹⁵ Por fim, os direitos fundamentais possuem um alto grau de indeterminação¹⁶ visando possibilitar o máximo de abrangência normativa. Sendo assim, os direitos fundamentais adquirem significado a partir da interpretação (ALEXY, 2003, p. 32-37).¹⁷

Na perspectiva garantista, os direitos fundamentais sociais, ao lado dos liberais, delimitam a *dimensão substancial* da democracia e fixam os critérios de legitimação da ação estatal, tendo em vista que todos os poderes públicos devem

¹⁴ “Esta justiciabilidad plena, a la que se acogen también otras normas constitucionales, es uno de los tesoros de la Constitución. Quien pretenda escribir en la Constitución ideales políticos no justiciables, debe ser consciente de lo que se juega. Con una sola disposición en la Constitución no controlable judicialmente se abre el camino para la pérdida de su obligatoriedad” (ALEXY, 2003, p. 33).

¹⁵ Ferrajoli não comunga desse esforço de compreender os direitos fundamentais a partir dos conteúdos que eles representam, sendo assim, ele lança uma definição formal dos direitos fundamentais. Vide **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (Org.) Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

¹⁶ A indeterminação linguística (sintática ou semântica) não é exclusividade dos direitos fundamentais, talvez seja uma característica imane do Direito. Os “conceitos jurídicos indeterminados” é uma maneira didática de se retratar essa faceta do Direito. Nesse sentido: “A compreensão dos conceitos jurídicos, como de resto, a compreensão de todo e qualquer objeto, envolve um problema de linguagem. No Direito, parece ser mais evidente do que na compreensão dos fenômenos quotidianos, que seus limites são traçados pela linguagem, ou, em outros termos, pela leitura dada pelo interprete e aplicador da norma jurídica, no momento de sua concretização, acerca dos fatos e processos sociais e dos valores aceitos em determinado tempo e em determinado lugar. [...] Consoante Phillipp Heck, o conceito revela uma zona nuclear ou fixa (núcleo) e uma zona periférica ou orla (halo). Representa-se o conceito como um ponto de luz intenso que ilumina os objetos a que se refere com maior ou menor intensidade; rodeado de um halo, de cores pálidas, além das quais reina a obscuridade. Surgem as dúvidas quando os objetos se encontram na zona de penumbra. ‘Sempre que temos uma noção clara do conceito, estamos no domínio o núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito’. A extensão da orla periférica dos conceitos é variável, e, nesta variação, reside a qualificação dos conceitos em determinados e indeterminados. Para ele, a diferença entre conceitos determinados e indeterminados é quantitativa e não qualitativa. Na literatura jus-administrativista alemã divulgou-se essa idéia, seguida da imagem de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que é), dentro da qual não existe dúvida a cerca da utilização da palavra que o designa, e um zona de certeza negativa (o que é certo que não é), em que inexistiu dúvida a cerca de sua não utilização. No entanto, há uma zona intermediária, de penumbra, uma zona de dúvidas e incertezas sobre a abrangência de situações sob aquele signo. Assim, o conceito indeterminado pode abrigar uma série de situações hipotéticas. É possível identificar as situações concretas – os fatos que com certeza se enquadram no conceito. Também é possível identificar as situações concretas que com certeza não se amoldam ao enunciado. Entretanto, remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se ajustam à hipótese abstrata. Nesta última hipótese, calha a observação de José Vieira de Andrade: ‘A operação não pode ser considerada de mera subsunção lógica, em termos de existir uma única solução legal, já contida na norma e apenas extraída pelo aplicador: fora dum núcleo duro do conceito só através de um esforço reconstrutivo e criativo se pode reduzir a situação de facto ao pressuposto normativo – abstracto, existindo sempre, nessa medida, uma valoração autónoma (complementar) do agente e, portanto, algo que corresponde ou se aproxima de uma escolha (embora orientada) entre alternativas’. Com efeito, Identificam-se (sic) nas normas jurídicas conceitos que demandam, durante sua aplicação, um processo de preenchimento semântico, isto é, de ‘densificação’ feito através de uma valoração e, a par destas, aquelas que prescindem deste processo decisório mais complexo de complementação do significado em cada caso concreto” (MORAES, 1999, p. 55; 58-59).

¹⁷ Nesse sentido, o Tribunal Constitucional ganha uma notável importância, abrindo-se um confronto na arena política quanto ao poder de definir, em última instância, o conteúdo dos direitos fundamentais. Sobre as relações entre direitos fundamentais, Estado constitucional e democracia, ver, entre outros textos, ALEXY, Robert. *Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático*. In. **Neoconstitucionalismo(s)**. (Org) Miguel Carbonell. Trotta: Madrd, 2003, p. 37-40).

estar funcionalizados para a garantia desses direitos. Na teoria garantista, os direitos fundamentais liberais circunscrevem os temas que *não podem ser decididos* (limites) e os direitos fundamentais sociais circunscrevem os temas que *não podem deixar de ser decididos* (vínculos) (FERRAJOLI, 1995, passim).¹⁸ Portanto, o Estado constitucional (paradigma constitucional ou garantista) equivale, no plano teórico, ao sistema de limites e vínculos substanciais impostos à totalidade dos poderes públicos, por normas de categoria hierarquicamente superiores (FERRAJOLI, 2006, p. 42).

É importante registrar que para Ferrajoli o *constitucionalismo* (Estados democráticos e modelos constitucionais de Cartas rígidas) é o novo paradigma do Direito. Enquanto o positivismo clássico era conduzido pela legalidade formal, o constitucionalismo rompe com esse modelo ao positivar direitos fundamentais fixando limites e vínculos substanciais aos poderes, pois através da esfera do *indecidível* (o que não deve ser decidido e o que não deve deixar de ser decidido) as condições substanciais de validade da atuação do Estado penetram nos sistemas jurídicos sob a forma de “*principios positivos de justicia estipulados en normas supraordenadas a la legislación*”, conduzindo a uma mudança interna no paradigma positivista clássico (FERRAJOLI, 2001, p. 53).¹⁹

No entanto, é importante mencionar que na concepção garantista o Estado constitucional é concebido como um paradigma *formal*, ou seja, ele equivale, no plano teórico, ao sistema de limites e vínculos substanciais – qualquer que sejam seus conteúdos - impostos aos poderes públicos e privados por normas hierarquicamente superiores. Para Ferrajoli, justamente nesse caráter formal - caráter contingente no plano teórico-jurídico de seus conteúdos - é que reside a força vinculante do paradigma constitucional, pois as teses que afirmam que os

¹⁸ Sobre a teoria garantista ver capítulo terceiro.

¹⁹ A onipotência do legislador, fundada no princípio da legalidade, é substituída pela legalidade substancial, onde as leis são submetidas a um exame de validade formal e substancial ante os limites e vínculos representados pelos direitos fundamentais positivados nas modernas Cartas democráticas (FERRAJOLI, 2001, p. 52-56). Com o constitucionalismo, os legisladores deixam de ser os “Senhores do Direito”. Sendo assim, na medida em que inúmeros princípios de justiça foram positivados nas Constituições (a Carta brasileira é um exemplo) experimenta-se uma troca estrutural no Direito e na jurisdição. Refletindo sobre essas trocas, Zagrebelsky adverte que “*no siempre se trata de consecuencias tranquilizadoras, por lo que se refiere a ciertas exigencias que en otro tiempo se consideraban irrenunciables – por ejemplo, la certeza y la previsibilidad de las decisiones judiciales y quizás también la posición no engagée de los jueces – Pero no mirar a la realidad para evitar ver sus aspectos menos tranquilizadores no la transforma de acuerdo con nuestros deseos*” (1995, p. 112). Ainda na lição de Zagrebelsky e buscando caracterizar o novo papel do Judiciário após a construção do Estado Constitucional, “*los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era o legislador en el pasado siglo. Son los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la necesaria y ductil coexistencia entre ley, derecho y justicia*” (1995, p. 153).

direitos fundamentais estabelecem uma conexão com a moral (Alexy, Dworkin, Günther) debilitam o valor teórico do Estado constitucional reduzindo-o a uma ideologia que sublima a Constituição como a norma moral existente (2006, p. 42-44).²⁰

Um dos problemas centrais do constitucionalismo é a relação entre Direito e poder, ou seja, a busca constante de encontrar um fundamento e um limite ao poder a partir do Direito e não da força.²¹ O Estado constitucional potencializa a idéia de limitação e controle do poder político. Só há Estado constitucional onde há uma Carta normativa, ou seja, um documento com a pretensão de regular o processo político. Assim sendo, o traço fundamental do Estado constitucional é o controle de constitucionalidade das leis, ou mais amplamente, o controle sobre o poder em geral, a partir do Direito, nomeadamente o constitucional (PRIETO, 1998, p. 31-35). Conforme Aragón, quando não há controle não há Constituição (apud PRIETO, p. 33).²²

Portanto, compulsando esses elementos teóricos que oferecem uma metodologia para o reconhecimento do Estado constitucional, é forçoso concluir que o Brasil - no plano normativo - possui um ordenamento jurídico constitucionalizado. Também, desde já é forçoso afirmar que o Estado constitucional é uma modelo político plenamente compatível com o garantismo jurídico.

1.2. Estado social e Administração Pública

Partindo da premissa de que no Brasil existe um Estado constitucional – pelo menos normativamente -, esse item procura analisar as alterações provocadas na Administração Pública haja vista os direitos fundamentais sociais (Estado social).²³

²⁰ A tese da separação entre Direito e moral não afasta a ideia da posituação de determinados conteúdos morais, mas sim a ideia de que a convenção jurídica positive uma moral enquanto tal, ou seja, uma moral objetiva. Conceber o direito justo (moral) como aquele que nossas Constituições prescrevem, acarreta uma mistura de jusnaturalismo e de legalismo ético em prejuízo das conotações liberais e laicas do constitucionalismo, correndo-se o risco de transformá-lo em um fundamentalismo humanitário intolerante com as diferenças morais e culturais, favorecendo os valores imperialistas como fator de enfrentamento e não de encontro entre civilizações (FERRAJOLI, 2006, p. 42-45).

²¹ Para diferenciar *força* e *Direito* é possível trazer a diferenciação weberiana entre *poder* e *dominação*. A força estaria para o poder e o Direito para a dominação. Nesse sentido vide, WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad. Johannes Wincklemann. Vol. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 33).

²² Como ficará evidente no desenrolar desta pesquisa, no Estado constitucional são raros os espaços imunes ao controle jurisdicional, principalmente no que tange ao dever de satisfação e proteção dos direitos fundamentais.

²³ No Brasil se vive entre um *estado de necessidade social* e a *necessidade de Estado social*, tornando-se urgente uma atuação positiva do Estado. Leciona Bercovici que o Estado social ou Intervencionista não foi substituído, muito embora as investidas de desmantelamento da dita “revolução conservadora” ou o discurso

Radbruch disse que o Direito funcionava para administração como um limite, pois seu guia era a “razão de Estado”. A atividade administrativa conduzida unicamente pela conveniência, sem qualquer barreira jurídica, redundava em uma técnica administrativa e não em um autêntico Direito administrativo. Este apenas seria possível quando o interesse individual fosse colocado no caminho do interesse público, possibilitando a reciprocidade de direitos e deveres que compõe a natureza do direito (1999, p. 165).

O autor alemão escrevia partindo da premissa de um modelo de Estado liberal, ou seja, direitos individuais concebidos como limites à ação estatal. No entanto, ao final de seu texto - já percebendo os contornos daquilo que no futuro seria o Estado social - Radbruch lança os olhos para a importância do Direito administrativo ante o intenso aumento da atividade administrativa na sociedade. O autor vislumbrou os primeiros passos de um modelo de Estado que alteraria radicalmente o papel do Estado, nomeadamente da Administração pública.

Fala-se de uma “lei da atividade pública crescente”, mas cada passo que damos, do Estado de direito em direção ao Estado de previdência social, significa um acréscimo de direito administrativo de acordo com a largura do passo. Direito administrativo é direito social, [...] (1999, p. 174).

Da gênese do Estado social à atual constitucionalização do ordenamento jurídico e do Estado, um imenso caminho foi percorrido. O Estado constitucional promoveu a constitucionalização da Administração Pública, a Constituição passou a funcionar como a norma orientadora do Estado e a primeira instituição garantista do Estado Constitucional (PEÑA, apud BORTOLI, 2004, p. 107). Voltado a Radbruch, no Estado constitucional o guia da administração não é mais a “razão de Estado”, mas os objetivos sinalizados na Constituição.

Transcendendo o entendimento liberal de que ao Executivo caberia tão somente a “execução das leis” e que os direitos individuais eram apenas limites a ação estatal, tornou-se necessário conceber o Poder Executivo também na sua função de administração vinculada à Constituição – o Executivo enquanto Administração Pública. Em sentido amplo, a função administrativa do Estado deve ser entendida como *ação*, como *gestão* e como *atuação*:

economicista do fim do Estado, pregado pela “mitologia da globalização”. Nesse sentido: “*Globalização vira uma espécie de desculpa para tudo, uma explicação fácil para o que acontece de negativo no país. Governos fracos e omissos servem-se dessa retórica para isentar-se de responsabilidade, transferindo-a para um fenômeno impessoal e vago, fora do controle nacional*” (BAPTISTA JR., apud BERCOVICI, 2003, p. 181).

Administrar sería **acción** (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o **gestión** de los servicios públicos (esta tesis dominó la primera mitad de este siglo en Francia), o **actuación** bajo formas jurídicas peculiares (acto de autoridad primero, acto-condición y acto subjetivo en DUGUIT, actuación ejecutoria, etc) (ENTERRÍA, apud BORTOLI, 2004, p. 91).²⁴ Grifo acrescentado

No Estado constitucional, o plexo de direitos subjetivos dos cidadãos configura o *direito fundamental à boa administração*:

[...] direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (sic) (FREITAS, 2007, p. 20).

A partir desde conceito, as escolha e opções da Administração Pública serão legítimas se forem eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade (FREITAS, 2007, p. 21).

Na concepção *heteropoiética* concebida pela teoria garantista, o Estado se justifica pela proteção e satisfação dos direitos fundamentais. Para tanto, o conceito de Estado deve ser compreendido extensivamente e com uma abrangência integral, abarcando todos os poderes públicos. Ademais, deve-se partir do pressuposto de que os direitos fundamentais estão fora da esfera de disponibilidade dos poderes públicos e os direitos sociais aparecem como vínculos consubstanciando os temas que não podem deixar de ser decididos. Dessa forma, é forçoso concluir que a Administração Pública, enquanto componente dos poderes públicos, está permanentemente vinculada aos direitos fundamentais. Quanto aos direitos sociais, deve tudo fazer para satisfazê-los e protegê-los.²⁵

²⁴ Administrar seria ação (frente a declaração, como própria das funções legislativa e judicial), ou ação singular e concreta, ou ação organizada, ou ação de conformação social, ou gestão dos serviços públicos (esta tese dominou a primeira metade deste século na França), ou atuação sob formas jurídicas peculiares (ato de autoridade primeiro, ato-condição e ato subjetivo em Duguit, atuação executória, etc). Tradução livre

²⁵ É importante registrar que a Administração Pública e o Direito Administrativo nem sempre foram concebidos como uma instância garantidora de direitos, inclusive, ainda hoje, eles não possuem exclusivamente essa função, pois ainda são responsáveis pela atividade burocrática do governo. O Direito Administrativo adquire uma faceta de proteção dos interesses particulares apenas na maturidade do Estado de Direito. Em seu estágio inicial pós-1789, a maior preocupação do Direito Administrativo não eram os direitos individuais, mas apenas a forma de atuação do Estado. O sistema francês minimizava a responsabilidade da Administração, assim, a Administração pública era vista apenas como uma executora mecânica das leis (vontade geral), portanto, qualquer dano experimentado pelo indivíduo devia-se à lei (portanto à vontade dos cidadãos) e não à Administração. Os constituintes de 1798 pouco se importavam com *lides* entre Estado e indivíduo, acreditavam que o governo da *vontade geral* reduziria drasticamente a litigiosidade. Da mesma forma, acreditavam que se a Administração fosse levada ao juízo ordinário o princípio da separação dos poderes seria maculado. Existiam dispositivos constitucionais que consagravam a imunidade judicial da Administração, essa postura se explica pelo temor da volta dos parlamentos do antigo regime e é coerente com a democracia instaurada após 1789. A Administração era pautada pelo seu autocontrole, acreditava-se que *“julgar a administração é também*

A atuação da Administração Pública, em uma concepção garantista, conserva suas prerrogativas especiais na medida em que deve agir como instrumento, dentro das suas atribuições, visando preservar e implementar os direitos fundamentais. Nessa concepção, os princípios políticos que definem a relação *Estado-sociedade civil*, de uma conjuntura *ex parte principis* passa a ser *ex parte populi* (CADEMARTORI, 2003, p. 182).

Com o advento do Estado social, novas finalidades foram determinadas ao Estado. Essas finalidades desenharam uma nova modalidade de intervenção na sociedade, ou seja, políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais. As políticas públicas decorrem de um imperativo de eficiência administrativa no tocante aos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido:

[...] num Estado que se tornou social, a Administração, até então, apenas considerada como agressiva dos direitos dos particulares vai ser entedida como o principal instrumento de realização das novas funções e de satisfação das novas necessidades que são, agora, atribuídas ao Estado. [...] o Estado social é, necessariamente, um “Estado de Administração” (PEREIRA DA SILVA, apud BREUS, 2006, p. 181).

O dever de tudo fazer pelos direitos sociais deve ser entendido como uma otimização, levando-se em conta as circunstancias fáticas e jurídicas. O dever da Administração pública em atuar em conformidade com os direitos fundamentais tem como “*baliza e referencial*” a norma constitucional prescrita no artigo 5º, §1º da CRFB: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*” (BORTOLI, 2004, p.110).

Sarlet, a partir de Robert Alexy, concebe o artigo 5º, §1º da CRFB como um princípio, um *mandato de otimização* que determina que o Estado reconheça a maior eficácia possível aos direitos fundamentais. A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não funciona a partir da lógica das *regras*, tendo em vista que seu alcance dependerá das circunstancias fáticas e jurídicas do caso em concreto. Conforme o autor em comento:

[...] há uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada (SARLET, 2003, p. 258-259).

administrar”. Assim, o Direito Administrativo, em seu nascedouro, era o direito da administração pela administração (a Administração era submetida apenas ao Conselho de Estado, órgão afeto ao Poder Executivo). Nos países anglo-saxões, ao contrário da França, foram instaurados modelos caracterizados pelo hetero-controle. Dessa forma, a Administração poderia ser levada ao juízo ordinário como um simples particular, proporcionando uma proteção efetiva dos cidadãos (ROSANVALLON, 1992, p. 71-74).

Portanto, se pode concluir que a partir do artigo 5º, §1º da CRFB, inverte-se a lógica do “*podem ser aplicados?*” para o “*por que não podem?*”.

Outro suporte normativo constitucional que redefine a função da Administração Pública é o artigo 3º da CRFB. Este artigo, além de definir a *fórmula política*²⁶ do Estado, expressa a “clausula transformadora” da Constituição. Esta cláusula impulsiona os poderes públicos à transformação da estrutura sócio-econômica em busca da igualdade material por meio da lei, redirecionando o Estado a promover meios visando uma existência digna para os cidadãos. A eficácia jurídica desse dispositivo legal é progressiva, pois os preceitos contidos na norma possuem caráter dinâmico e de certo modo inacabado. A concretização do artigo 3º da CRFB “*não significa a imediata exigência de prestação estatal concreta, mas uma atitude positiva, constante e diligente do Estado*” (BERCOVICI, 2003, p. 176-177).²⁷ Sendo assim, por dever constitucional, a Administração pública deve ser um centro de formulação de políticas públicas.

Portanto, a partir da força normativa da Constituição, da constitucionalização do ordenamento jurídico, do caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais, do artigo 3º da CRFB - além dos princípios diretivos do artigo 37, *caput* da CRFB - a Administração Pública está vinculada ao catálogo de direitos fundamentais, devendo não agir quando existe o perigo de restringi-los desproporcionalmente, bem como atuar positivamente para proteger e satisfazer aqueles direitos que reclamam uma intervenção direta (direitos sociais).²⁸

A condição de validade da atuação administrativa do Poder Executivo é o agir conforme a legalidade formal, bem como com os conteúdos plasmados nos direitos fundamentais (legalidade substancial). A vinculação da Administração Pública aos direitos fundamentais conduz a uma reflexão sobre os limites do exercício do poder e suas hipótese de controle (BORTOLI, 2004, p. 116). Também, essa vinculação faz com que a Administração seja concebida como uma instância garantidora de direitos fundamentais, devendo, por imposição constitucional,

²⁶ “[...] a fórmula política é a síntese jurídico-política dos princípios ideológicos manifestados na Constituição. O que contraria a fórmula política afeta a razão de ser da própria Constituição, portanto, é também um limite material para a reforma constitucional” (BERCOVICI, 2003, p. 176).

²⁷ A partir do artigo 3º da CRFB é possível extrair os conteúdos que a teoria garantista reputa como vínculos aos poderes públicos. Aquelas matérias que não podem deixar de ser decididas, moldando em parte a dimensão substancial da democracia.

²⁸ Sobre o tema da discricionariedade administrativa na formulação de políticas públicas, vide capítulo três.

formular políticas públicas adequadas, eficientes e eficazes, visando à proteção e à satisfação dos direitos sociais.²⁹

1.3. Políticas Públicas

Depois de identificada a estrutura do Estado constitucional e o papel da Administração Pública ante os direitos sociais, é forçosa uma reflexão sobre o *conceito* de política pública, o *objeto* e as *hipóteses* do controle judicial.

1.3.1. Conceito

Política pública é uma locução polissêmica onde gravitam dados jurídicos, políticos e sociológicos. No campo jurídico ela ainda reclama uma maior precisão técnica.³⁰ Para Maria Dallari Bucci, não existe propriamente um conceito jurídico de política pública, pois as categorias que a estruturam pertencem à ciência política ou à ciência da administração pública.³¹ Não obstante, é urgente uma metodologia jurídica visando descrever, compreender e analisar as políticas públicas (2006, p. 47). Sendo assim, essa pesquisa procurará conceber uma metodologia de compreensão à política pública, vislumbrando constatar a possibilidade do controle judicial.

O primeiro passo a ser dado quando um pesquisador se propõe a trabalhar com políticas públicas deve ser a definição do que ele entende por política pública, pois a política pública é uma categoria analítica (BUCCI, 2002, p. 251-252). Ademais, o conceito “política pública” é mais afeto à ciência política, existindo poucos estudos especificamente jurídicos sobre o tema. O estudo das políticas públicas engloba *a ciência do Estado em ação* (MÜLLER, apud BERCOVICI, 2003, p. 173). No Brasil o tema emergiu com a Carta de 88, nesse sentido:

As políticas públicas tornaram-se uma categoria de interesse para o direito há aproximadamente 20 anos, havendo pouco acúmulo teórico a respeito, o que desaconselha

²⁹ “Constitui um dado da realidade que a legislação social ou de welfare conduz inevitavelmente o estado a superar os limites das funções tradicionais de ‘proteção’ e ‘repressão’. O papel do governo não pode mais se limitar a ser o de um ‘gendarme’ ou ‘night watchman’; ao contrário, o estado social – o ‘État providence’, como o chamam, expressivamente, os franceses – deve fazer sua a técnica de controle social que os cientistas políticos chamam de *promocional*” (CAPPELLETTI, 1999, p. 41). Em um ordenamento jurídico *protetor-repressivo*, o Estado procura impedir a realização de comportamentos não desejados; em um *ordenamento promocional*, as normas buscam incentivar comportamentos desejados.

³⁰ Conforme Comparato, “uma das grandes insuficiências da Teoria dos Direitos Humanos é o fato de não se haver ainda percebido que o objeto dos direitos econômicos, sociais e culturais é sempre uma política pública” (2003, p. 249).

³¹ “[...] para o estudioso do direito é extremamente difícil sintetizar em um conceito a realidade multiforme das políticas públicas. Uma política pública carrega, necessariamente, elementos estranhos às ferramentas conceituais jurídicas, tais como os dados econômicos, históricos e sociais de determinada realidade que o Poder Público visa atingir por meio do programa de ação” (BUCCI, 2006, p. 46).

a busca de conclusões acabadas. Ademais, não é um tema ontologicamente jurídico, mas é originário da ciência política, onde sobressai o caráter eminentemente dinâmico e funcional, que contrasta com a estabilidade e generalidade jurídicas. A noção de políticas públicas emergiu como tema de interesse para o direito com a configuração *prestacional* do Estado.³²

Não existe no Brasil doutrina ou jurisprudência sedimentando um regime jurídico próprio às políticas públicas. No entanto, como é o Direito Administrativo o responsável pela racionalização formal das funções de governo por meio da Administração Pública, foi nesse ramo que surgiram as primeiras reflexões sobre o tema. O estudo das políticas públicas encontra-se no âmbito do Direito Administrativo, tendo em vista que é nesse ramo que o Estado é analisado em seu viés executivo (BUCCI, 2002, p. 267).

Visando os propósitos desta pesquisa, a construção de uma metodologia para o estudo das políticas públicas partirá da seguinte trajetória: em um primeiro momento serão analisados os conceitos de diferentes autores; após, serão extraídos os diferentes pontos em comum dos conceitos doutrinários citados (*opinio communis*).

A política pública é comumente utilizada na sociologia e na ciência política. A importação do uso de políticas públicas no campo jurídico é fruto da interdisciplinaridade cada vez mais presente na ciência do Direito. Destarte, a política pública retrata a relação entre Direito, política e economia.³³

A política pública foi introduzida no universo do Direito Público como um *programa de ação*. As políticas públicas seriam, portanto, instrumentos de ação dos governos redirecionando o conceito de *governo das leis* para o *governo das políticas*.³⁴ Impulsionado pelo modelo do Estado social, a legitimidade do Estado passou a fundar-se na realização de finalidades coletivas e não na antiga expressão legislativa da soberania popular (isso não implica o abandono da lei como elemento legitimador da ação estatal).³⁵ Dessa forma, as políticas públicas adquiriram

³² SANTOS, Marília Lourido. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. In. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179&p=2>>, acesso em 21.06.2007.

³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos**. <<http://www.dhnet.org.br>>, acesso em 28.08.2006.

³⁴ Karl Loewenstein foi o pioneiro na reclassificação das funções estatais. Para o autor alemão a nova tripartição deveria ser a política de determinação, a política de execução e a política de controle. Segundo Comparato, Loewenstein apenas substitui a lei pela política pública, mantendo a clássica separação entre declaração, execução e controle (COMPARATO, 1997, p. 351).

³⁵ “A grande maioria das leis insere-se, hoje, no quadro de políticas governamentais, e têm por função não mais a declaração de direitos e deveres em situações jurídicas permanentes, mas a solução de questões de conjuntura (*Massnahmegesetze*), ou então o direcionamento, por meio de incentivos ou desincentivos, das atividades privadas, sobretudo no âmbito empresarial (*LenkungsGesetze*), ou ainda a regulação de procedimentos no campo administrativo (*Stewerungsgesetze*)”. (COMPARATO, 1997, p. 354).

centralidade promovendo um aumento da importância do Poder Executivo (COMPARATO, 1997, p. 351).³⁶

Esse novo modelo de fazer política procura superar a concepção de norma geral e abstrata como ponto gravitacional do aparelho burocrático do Estado, onde as técnicas de decisão administrativa partem preponderantemente de *regras*. Superado esse modelo, procura-se enfatizar a importância dos princípios, objetivos e prioridades constitucionais.³⁷

[...] a crise do modelo normativista e dedutivo, em certa medida reducionista, leva a novos modelos de representação do direito, em que as técnicas de legislação e decisão não se baseiam mais exclusivamente em regras, mas também em princípios e objetivos (BUCCI, 2002, p. 253).

A racionalidade administrativa do Estado social altera a lógica do Estado liberal conduzida pelo esquema normativo condicional “se - *então*”, para um esquema “*meio – fim*”. Sendo assim, a Administração Pública passa a se pautar pelo problema, pela finalidade, pelo fim perseguido, pelos princípios em cena e pelas prioridades (BUCCI, 2002, p. 254).

No entanto, o modelo de políticas públicas não exclui o modelo da legalidade, mas convive com ele. As políticas públicas se circunscrevem dentro do espaço delimitado pela legalidade e sobretudo pela constitucionalidade, gerando efeitos jurídicos. O conceito operacional de política pública transcenderia os atos e normas que a compõem, se aproximando mais de uma *atividade “um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”* (COMPARATO, 1997, p. 343-359).

Dessa forma, torna-se necessário aferir os múltiplos conceitos de política pública lançados pela doutrina pátria.

Para Mancuso, a política pública seria uma conduta comissiva ou omissiva da administração pública, em sentido amplo, voltada à consecução de programas ou metas previstos em norma constitucional ou legal, sujeitando-se a um controle jurisdicional amplo notadamente na eficiência dos meios empregados e na avaliação dos resultados alcançados. Da mesma forma, não haveria fundamento técnico-jurídico para sustentar a assimilação entre políticas públicas e atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários, tendo em vista que a política pública não se

³⁶ Nesse sentido, é possível citar o aumento da competência normativa do Executivo, a difusão das agências controladoras (autarquias em regime especial), etc.

³⁷ Sobre a diferença entre regras e princípios, vide ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEC, 2002; DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

figura como mero ato de gestão ou governo, mas sim como um programa voltado à implementação de direitos fundamentais e em função de normas constitucionais, possibilitando uma cognição judicial plena e exauriente da política pública (2001, p. 728; 731-734; 737; 740).³⁸

Para Ferreira, a política pública deve ser entendida como o conjunto de metas, diretrizes ou objetivos que direcionam a atividade estatal. Portanto, evidenciaria a escolha de prioridades do governo, expressando o planejamento estatal que tem por finalidade o atingimento do *interesse público*. Este último deve ser lido não como um conceito vazio discricionariamente preenchido pelo administrador público, mas como um objetivo pautado pela concreção das opções estabelecidas na Constituição.³⁹

A técnica promocional do Estado social procura prescrever programas de desenvolvimento futuros, visando a execução gradual, ao invés da escolha, típica da legislação clássica, entre certo e errado ou justo e injusto (CAPPELLETTI, 1999, p. 41). Nesse sentido:

Tipicamente, os direitos sociais pedem para sua execução a intervenção ativa do estado, frequentemente *prolongada no tempo*. [...] Exigem eles, ao contrário, permanente ação do estado, com vistas a financiar subsídios, remover barreiras sociais e econômicas, para, enfim, promover a realização dos programas sociais, fundamentos desses direitos e das expectativas por eles legitimadas (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Para Dworkin, a *política* é um conceito contraposto à noção de *princípio*.⁴⁰ A política seria uma espécie de padrão que estabelece um fim a ser alcançado, no sentido de alguma melhoria econômica, política ou social, direcionando as ações do governo a essas metas. Inclusive metas “negativas”, no sentido de “*estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas*” (2002, p. 36). Dessa forma, as argumentações jurídicas a partir de princípios tendem a estabelecer um direito individual e as argumentações jurídicas a partir de políticas

³⁸ A reflexão sobre o conteúdo exclusivamente político ou discricionário da política pública é de grande relevância, no entanto, tendo em vista o recorte dessa pesquisa e os limites do trabalho de dissertação, não será abordado esse debate. Sobre os atos políticos ver RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Atos políticos ou atos de governo**. Mimeo: Pelotas, 1995.

³⁹ FERREIRA, Ximena Cardozo. **A Possibilidade do Controle da Omissão Administrativa na Implementação de Políticas Públicas Relativas à Defesa do Meio Ambiente**. <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>>, acesso em 26.05.2007.

⁴⁰ Para o autor, o princípio não configura um padrão a ser observado visando promover ou assegurar uma situação política, social ou econômica. Os princípios seriam exigências de justiça ou equidade, em fim, internalizariam uma dimensão de moralidade no Direito (DWORKIN, 2002, p. 36).

procuram estabelecer um objetivo coletivo. Os princípios prescrevem direitos e as políticas prescrevem objetivos (2002, p. 141).⁴¹

Leciona Appio que as políticas públicas são:

[...] instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos (2004, p. 217).

Bercovici adverte que o papel político do Estado é central no processo de formação de políticas públicas, ao contrário do que as correntes economicistas pregam ao colocar o Estado em uma posição residual. No caso brasileiro, o processo de desenvolvimento social deve fundar-se em decisões políticas.⁴² As políticas públicas dependem da coerência econômica, das opções institucionais e da viabilidade política. Para o autor:

O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando todas as demais. [...] O Estado brasileiro tem, portanto, como tarefa a coordenação, dinamização e reorientação das transformações econômicas e sociais (2003, p. 174-175).

Bucci traz um interessante conceito de política pública:

Política pública é o **programa de ação governamental** que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando **coordenar os meios à disposição do Estado** e as atividades privadas, **para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados**. Como **tipo ideal**, a política pública deve **visar a realização de objetivos definidos**, expressando a **seleção de prioridades**, a **reserva de meios**

⁴¹ Sobre as diferenças entre direitos e objetivos, vide DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 142-147.

⁴² Para o autor, a Carta dirigente formulada por Canotilho é autocentrada em si mesma. Canotilho criou uma teoria da Constituição tão poderosa que a Carta resolveria todos os problemas, ignorando-se o Estado e a política. Sendo assim, a Carta dirigente careceria de uma Teoria do Estado (uma teoria do Estado renovada, com visão de totalidade, capaz de compreender as relações entre política, democracia, soberania, Constituição e Estado) e da política, olvidando o fato de que é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. (BERCOVICI, 2005, p. 77-79). Não comungamos da interpretação do respeitável constitucionalista brasileiro. Canotilho pretende afirmar a normatividade constitucional a partir da vinculação do legislador à Constituição e não anular a importância da atuação legiferante na viabilização do projeto constitucional. Nesse sentido “A aporia da vinculatividade constitucional insiste na contraditório: por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, ao legislador compete ‘atualizar’ e ‘concretizar’ o conteúdo da constituição. Perante este ‘paradoxo’, a proposta a antecipar é a seguinte: o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental. Todavia, a constituição não é nem uma reserva total nem um bloco densamente vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma norma prévia exaustiva nas normas constitucionais. Em termos sintéticos: a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa” (CANOTILHO, 1994, p. 62-63). Ademais, a Carta dirigente não é uma teoria constitucional desprovida de uma teoria do Estado. Canotilho constrói a teoria da Carta dirigente a partir do “Estado Constitucional Democrático” (1994, p. 23-24). Vide CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Coimbra: Coimbra editora, 1994.

necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados (2006, p. 39). Grifo acrescentado

A política pública culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. [...] E um interesse é reconhecível como interesse público quando é assim qualificado pela lei ou pelo direito, que é exatamente o que se faz no processo de formação da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa (2002, p. 265).

Na perspectiva de Bucci, o conceito de programa afasta a idéia de que a política pública consiste em uma conduta formalmente específica para o agir administrativo. A noção de “ação-programa” é a nota característica da política pública, pois retrata a fixação de objetivos previamente determinados e os meios escolhidos para o alcance desses objetivos. A “ação-programa” combina Teoria do Direito, Teoria da Administração Pública e Ciência política, pois as políticas públicas devem se ajustar às exigências do sistema jurídico-institucional (2006, p. 44).

Sendo assim, as políticas públicas devem operar dentro dos parâmetros da legalidade e da constitucionalidade, conseqüentemente, os atos e as omissões referentes às políticas públicas passam a ser reconhecidos pelo direito, gerando efeitos jurídicos e podendo ser controlados judicialmente (BUCCI, 2006, p. 37).

Ademais, o conceito de política pública implica em uma compreensão do Poder Público em seu conjunto, conduzindo à idéia de *coordenação* entre os poderes.

Pensar em política pública é buscar a coordenação, seja na atuação dos Poderes Públicos, Executivo, Legislativo e Judiciário, seja entre os níveis federativos, seja no interior do Governo, entre as várias pastas, e seja, ainda, considerando a interação entre organismos da sociedade civil e o Estado (BUCCI, 2006, p. 44).

A conexão entre política pública e Direito Administrativo está na escolha das diretrizes da política, bem como no fato de que os objetivos de determinado programa não são meros princípios de ação, mas pautas de direção para a escolha correta de certas formas de agir do Poder Público, conduzindo a resultados desejados e previsíveis (BUCCI, 2002, p. 265).

Pois bem, é possível notar que os conceitos acima colacionados não são em nada antagônicos – e aqui não se pretende escolher o melhor conceito -, mas cada um acaba trazendo um importante elemento para se entender a política pública. Uma característica comum em todos os conceitos citados é a *instrumentalidade* da política pública, ou seja, ela não é um fim em si mesmo, mas deve ser funcionalizada para determinadas metas e objetivos. Outra característica importante reside no fato de que a Constituição aparece como o instrumento

normativo norteador da política pública. Dessas características se pode concluir que a política pública deve ser guiada por uma *racionalidade instrumental*, tendo como suporte normativo os valores, as metas e as diretrizes previstas constitucionalmente. Ou seja, em termos weberianos, uma *ação racionalmente orientada a fins* (finalidades sinalizadas por normas constitucionais). As normas constitucionais orientam as políticas públicas quanto à finalidade, bem como quanto ao conteúdo.

Entendida a política pública em sua racionalidade, faz-se necessário trazer à baila a teoria garantista. No garantismo jurídico, os direitos fundamentais sociais funcionam como vínculos aos poderes públicos, ou seja, eles circunscrevem o espaço reservado aos temas que *não podem deixar de ser decididos*. Sendo assim, é possível fixar uma relação de interdependência entre direitos sociais e políticas públicas. Estas como instrumentos administrativos para se efetivar aqueles; aqueles como vínculos e finalidades destas.

1.3.2. Objeto de controle

Antes de entrar na discussão sobre o objeto do controle judicial de políticas públicas, faz-se necessário fixar o conceito de *controle* da atividade administrativa, bem como mencionar as diferentes correntes doutrinárias e jurisprudenciais que debatem em torno da possibilidade do controle de políticas públicas pelo judiciário.

O controle judicial de políticas públicas se apresenta como uma modalidade do *controle jurisdicional da administração pública*. O controle jurisdicional da administração possui uma conotação mais ampla que a expressão “controle jurisdicional dos atos administrativos”, tendo em vista que abrange não apenas o controle dos atos do poder público, mas também dos contratos, das atividades operacionais materiais, da omissão administrativa, etc. (MEDAUAR, 1993, p. 59-60).⁴³

A partir do doutrinador italiano Ugo Forti, o controle pode ser entendido como:

[...] averiguação da correspondência de um determinado ato ou comportamento a certas normas. Compreende, pois, a aferição da conformidade do objeto do controle com um padrão, o *rôle* que serve de escala de valor para a apreciação (apud FERREIRA, 1997, p. 563).

⁴³ Sobre o controle judicial da Administração Pública, vide MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

Na esteira de Forti, Medauar afirma que o controle judicial da Administração Pública procura aferir a conformidade da atuação do Administrador a partir de um cânone normativo de referência (1993, p. 22). Esse cânone, no que respeita ao controle judicial de políticas públicas, é a Constituição, especificamente os direitos fundamentais. Portanto, quando se fala em controle jurisdicional da Administração Pública não se afirma um decisionismo judicial abstrato, invasor da função executiva do poder, mas um controle que possui parâmetros normativos, ou seja, é um controle a partir do Direito.

A jurisdição em âmbito administrativo, ou seja, aquela que decide sobre a atuação da Administração Pública, faz com que o juiz exerça a função jurisdicional de forma diferenciada em relação aos litígios envolvendo apenas particulares (v.g. execução de uma promissória). Dessa forma, a atividade de controle (qualquer atividade de controle), não é somente mera fiscalização, mas implica, também, certa “intromissão” no sentido positivo do termo, ou seja, uma participação na atuação-controle. Nesse sentido, o controle redunda em uma *“interferência direta e, por vezes, profunda. E é isso que o juiz, na verdade, faz, quando controla o governo”* (FERREIRA, 1997, p. 564; 570). No entanto, convém registrar que é uma interferência com base em uma norma.

Pois bem, quanto ao controle judicial de políticas públicas, uma primeira corrente entende que o judiciário não pode analisar temas relativos às políticas públicas, pois invadiria a esfera dos outros poderes, bem como que caberia aos legisladores e ao administrador público a confecção e a gestão das políticas públicas tendo em vista a legitimidade democrática do voto. Outra corrente admite que o judiciário possua ampla competência para controlar políticas públicas que envolvam direitos fundamentais, haja vista o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, §1 da Constituição Federal brasileira. A terceira corrente acredita ser possível a intervenção judicial em políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, principalmente naquele núcleo consubstanciador das condições mínimas necessárias a uma existência digna e em acato ao princípio da vedação do retrocesso social. No entanto, a decisão judicial estaria condicionada à reserva do possível.⁴⁴

⁴⁴ GASTALDI, Suzana. **A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública**. In. < http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=124>, acesso em 21.06.2007. Esta dissertação se alinha com a terceira corrente ao sustentar a hipótese do controle judicial de políticas públicas por

Maria Dallari Bucci leciona que é inquestionável a possibilidade de submeter uma política pública ao controle jurisdicional, ante a ampla garantia de jurisdição prevista no artigo 5º, XXXV da Constituição brasileira. Para a autora, o *“Judiciário tutela as políticas públicas na medida em que elas expressem direitos”* (2006, p. 31).

No voto do Ministro Celso de Melo (ADPF 45/04), alinhando-se a terceira corrente mencionada acima, um importante passo foi dado em contribuição ao controle judicial de políticas públicas:

[...] A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental." (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno). É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente" [...].⁴⁵

Pois bem, Comparato inaugurou no Brasil o interessante debate sobre uma nova modalidade de controle da Administração Pública. Este juspublicista procurou desenvolver a análise jurídica visando tornar operacional o conceito de política pública. Leciona o autor que o controle judiciário da constitucionalidade da atividade estatal é uma instituição essencial à realização da idéia democrática (1997, p. 344).

O primeiro traço característico da política pública, enquanto programa de ação, é de ordem negativa, ou seja, a política pública não é uma norma ou um ato.

Ela não é uma norma nem um ato, ou seja, ela se distingue nitidamente dos elementos da realidade jurídica, sobre os quais os juristas desenvolveram a maior parte de suas reflexões, desde os primórdios da *iurisprudencia* romana (COMPARATO, 1997, p. 352).

A política pública se distingue dos atos e normas que a compõem, mas os engloba enquanto seus componentes. Sendo assim, a política pública é uma *atividade*, *“um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um*

meio da Ação Civil Pública, com fundamento na teoria garantista e como suporte de responsabilidade a análise dos limites e possibilidades fáticos da decisão judicial.

⁴⁵ ADPF 45/04 – Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento 29.04.2004. DJ 04/05/2004. P – 00012. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 13.07.07.

objetivo determinado”. O conceito de atividade está no centro da moderna noção de serviço público, de procedimento administrativo e de direção estatal da economia (COMPARATO, 1997, p. 353).

Tendo em vista sua complexidade (conjunto de normas e atos), o elemento que promove unidade à política pública é a *finalidade*, pois os atos que a compõem (normas, atos, decisões) possuem natureza heterogênea, submetendo-se a um regime jurídico próprio. Dessa forma, o juízo de validade de uma política pública não se confunde com o juízo de validade das normas e atos que ela abarca (COMPARATO, 1997, p. 353). A *finalidade* perseguida, ou seja, o elemento que promove unidade à política pública, sempre é definido por uma *decisão administrativa*.

Portanto, a partir da lição de Comparato, é possível sustentar que o objeto de controle de uma política pública é a *decisão administrativa* que está por traz da política pública, ou seja, a decisão administrativa que fixa um objetivo e os meios adequados para o seu alcance.⁴⁶

Comparato afasta a tese de recusa do juízo de constitucionalidade das políticas públicas. Para o autor, a clássica objeção de que o Judiciário não pode aferir “questões políticas” deve ser refutada de pronto. A política pública assume um caráter judicial quando sua constitucionalidade é questionada nos Tribunais. Conforme Barbosa, “*O efeito da interferência da justiça, muitas vezes não consiste senão em transformar, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão política em questão judicial*” (apud COMPARATO, 1997, p. 355). Ademais, não se pode olvidar a garantia plena de acesso ao Judiciário, prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição brasileira.

O juízo de constitucionalidade de uma política pública procura confrontar a política com os objetivos constitucionalmente vinculantes da atividade governamental, bem como com as regras que estruturam o desenvolvimento da atividade.⁴⁷ Ademais, pode ser aferida a adequação da política pública, ou seja,

⁴⁶ A dificuldade para a fixação de um objeto de controle acompanha a problemática do conceito de política pública. Partindo do entendimento de Bucci, se não há um conceito jurídico “puro” de política pública, consequentemente não há um conceito propriamente jurídico sobre seu objeto de controle. Sendo assim, é justificável a natureza mais política do que jurídica do objeto de controle definido nesse trabalho (decisão administrativa). Ademais, partindo da teoria garantista onde os direitos sociais delimitam os temas que devem ser *decididos* pelos poderes públicos – ou seja, definem positivamente o âmbito de decisão política - a *decisão administrativa* serve como conector entre garantismo jurídico e política pública.

⁴⁷ Na primeira hipótese é possível se deparar com a ausência de uma política pública obrigatória por força constitucional - lembrando que o garantismo jurídico concebe os direitos sociais como temas que devem ser

pode ser feito um juízo sobre meios e fins da política. Impende mencionar que a política pública pode ser inconstitucional tanto por comissão quanto por omissão (COMPARATO, 1997, p. 356).

Um ordenamento constitucionalizado, somado ao *princípio da eficiência administrativa*,⁴⁸ condiciona as decisões políticas e administrativas. Dessa forma, as decisões passam a ser o objeto do controle judicial, conseqüentemente, o conveniente e o oportuno (discrecionariedade administrativa) são relidos a partir dos vínculos constitucionais (ALONSO JUNIOR, 2005, p.211; 217).⁴⁹ A decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da política pública, inevitavelmente atinge todas as leis e atos normativos envolvidos na atividade. No entanto, esse efeito é apenas *ex nunc* tendo em vista a segurança jurídica na Administração pública.⁵⁰

Comparato entende que para operacionalizar o controle judicial de políticas públicas seria necessária uma reforma constitucional que determinasse especificamente o meio processual, a legitimidade das partes e a competência judiciária. Para o autor, esta remota ação (Comparato não crê nessa reforma constitucional) deveria ser direta, de competência originária dos Tribunais e com

decididos - bem como a insuficiência, a ineficácia e a inadequação da política pública. Na segunda hipótese pode ocorrer o confronto entre a política pública com as regras que determinam o mínimo de alocação orçamentária (art. 198, §2º CRFB).

⁴⁸ O Estado eficiente é plenamente compatível com o Estado social. Gabardo lança um ataque à “concepção eficientista” pregada pela política neoliberal. Para o autor, nesse modelo neoliberal de eficiência do Estado, o providencialismo estatal se degenera em um “fetichismo econômico”, voltado à reestruturação da natureza do Estado – sempre voltada a atender as exigências do mercado - bem como à flexibilização e desregulamentação em busca da eficiência. Dessa forma, é coerente a preocupação de alguns autores em relação às possíveis incompatibilidades entre eficiência e Estado social. No entanto, o princípio da eficiência previsto no artigo 37 na Constituição brasileira, de forma alguma, impõe à Administração Pública a eficiência em seu sentido estritamente econômico-mercadológico, onde a pauta principal é a desregulamentação e a ausência de limites. Assim, no ordenamento pátrio, a eficiência administrativa deve ser interpretada a partir dos objetivos da república e do modelo estatal concebido pela Carta. Dessa forma, no Estado constitucional, eficiência sem Estado social não é eficiência. Nesse sentido, “*Não é possível admitir, portanto, qualquer espécie de ‘eficiência de Estado’, em uma democracia, que não seja aquela da proteção aos direitos fundamentais, notadamente os sociais*” (GABARDO, 2003, p. 158-164). Por óbvio que essa concepção de eficiência do Estado não afasta a eficiência de viés economicista que se reclama do Estado quando este compete no mercado por meio de empresas públicas e sociedades de economia mista. O que se busca é evitar que esse conceito mercadológico de eficiência seja transposto acriticamente para o Estado Social, pois na maioria das vezes esse transporte conceitual redundante em teorias sustentando o desmonte do Estado providência, tendo em vista que ele seria um empecilho para que o Estado tenha competitividade internacional. Ademais, a eficiência não exclui a eficácia, esta última consiste no dever que tem a Administração Pública de fazer o que a Constituição determina e não apenas de fazer eficientemente o que se quer, por livre conveniência e oportunidade (FREITAS, 2007, p. 21).

⁴⁹ “*Admitida a sindicabilidade jurisdicional do ato administrativo e mandado de competência discricionária, com anulação da opção administrativa se, dentre as alternativas viáveis, a escolha recaiu sobre aquela que não é a melhor e, tampouco, atende o interesse público ou não se conforma com os princípios da administração pública, notadamente a moralidade e, agora, com maior razão a eficiência*” (MARTINS JUNIOR, apud ALONSO JUNIOR, 2005, p. 215).

⁵⁰ Comparato lamenta por não haver um instrumento processual que pudesse impedir a realização da política pública (1997, p. 357). A partir do recorte feito por essa dissertação, acreditamos que esse problema não se apresenta de grande relevo tendo em vista a hipótese de cabimento de medida cautelar e de antecipação de tutela em sede de Ação Civil Pública, bem como as ações podem ter como objeto obrigações de fazer e não fazer (artigos 4, 5, 11 e 12 da Lei 7.347/85).

legitimidade ativa ampla (partidos políticos, sindicatos, entidades de classe, OAB, organizações não governamentais, etc.) (1997, p. 357-359).

Entretanto, de encontro ao pensamento de Comparato, existem no ordenamento jurídico brasileiro meios processuais que não demandam uma reforma constitucional (ADIn, ADPF, ACP). Conforme mencionado na introdução, essa dissertação trabalhará apenas com a Ação Civil Pública. A partir dessa ação é possível colher todos os elementos processuais problematizados por Comparato (legitimidade, foro competente, natureza da tutela, etc.).

Não obstante essa divergência processual com o autor, essa pesquisa, a partir da lição de Comparato, adotará a *decisão administrativa* como o objeto do controle judicial de políticas públicas. A política pública é uma atividade dirigida por uma racionalidade instrumental, dessa forma, o controle deve centrar-se na decisão administrativa confrontando-a com os fins sinalizados na Carta - notadamente os direitos sociais enquanto temas de *decisão* necessária - bem como se levando em conta a observância das regras constitucionais (regras orçamentárias que definem investimentos mínimos em áreas prioritárias). Ademais, a decisão administrativa deve ser aferida a partir da análise da adequação entre meios e fins, bem como a partir do princípio constitucional da eficiência administrativa, aqui desdobrado em controle da suficiência e da eficácia. Sendo assim, é possível dizer que essa pesquisa se insere na órbita de um controle constitucional de políticas públicas.

1.3.3. Hipóteses de controle

Como visto, o controle judicial de políticas públicas deve ter como objeto de análise a escolha realizada pelo administrador (a decisão administrativa). Portanto, deve buscar controlar, a partir do Direito, as diretrizes, os meios e os objetivos da política pública e não as normas e/ou atos que a compõem. O controle de políticas públicas procura concretizar tecnicamente as noções de *normatividade*, *superioridade* e *centralidade* da Constituição.⁵¹

Classicamente, os momentos do controle judicial de políticas públicas são divididos em: formulação, execução e avaliação.⁵² Visando contribuir para essa classificação, se faz necessário desenvolver uma divisão que possa tornar mais

⁵¹ BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 08.02.2007.

⁵² Segundo Appio a política pública pode ser controlada na *formulação*, na *execução* e na *avaliação*. Como instrumento de controle da avaliação o autor menciona a Lei de improbidade administrativa (2004, 217-218). A política pública pode ser avaliada também quanto à sua adequação.

operacional o controle, lembrando que as classificações não são boas ou más e sim úteis ou inúteis. Sendo assim, é possível propor as seguintes hipóteses: formulação *stricto sensu*,⁵³ insuficiência, ineficácia, inadequação e controle no retrocesso.

Partindo do conceito de política pública acima exposto, ou seja, a Carta fixando os fins e vínculos da ação política e o Administrador Público devendo persegui-los elegendo os meios mais adequados, teremos:

a) *Ausência de formulação de política pública*⁵⁴

O Administrador não persegue os fins previstos não atendendo às vinculações impostas pelos direitos sociais.⁵⁵ Nesse caso, o provimento judicial deverá ser no sentido de expedir um comando para que a Administração faça, ou seja, formule a política pública. Note-se que o Judiciário *coopera* provocando a formulação da política pública.

b) *Insuficiência da política pública*

Nessa hipótese, o controle pode ser feito tanto na formulação (controle *a priori*) como na execução (controle *a posteriori*). Ela se subdivide em *peçoal*, ou seja, quando a mão-de-obra é insuficiente; e *material*, ou seja, quando faltam objetos essenciais (v.g. equipamentos) para a viabilização da política pública (veículos, computadores, edificações, etc.).

Na primeira hipótese, o juiz determina que a Administração faça novas contratações. A contratação de pessoal exige um considerável montante de recursos financeiros, bem como gera uma significativa repercussão na folha de pagamentos do Estado. Sendo assim, a decisão deverá se pautar por um estudo de impacto orçamentário, feito mediante perícia.⁵⁶

⁵³ Ausência total de política pública.

⁵⁴ Existe um paralelo entre a formulação da política pública e a atividade de planejamento. O planejamento se materializa por meio de três instrumentos: (a) plano: de forma genérica aborda quais serão os objetivos, meios e estratégias a serem utilizados; (b) programas: definem os objetivos parciais dos meios e técnicas, a partir do critério espaço-tempo; (c) projeto: pormenoriza a construção de uma obra ou a realização do serviço (SOUZA, apud BREUS, 2006, p. 190).

⁵⁵ Essa omissão total é mais comum em políticas públicas ambientais. As políticas públicas sociais, principalmente na saúde e na educação, geralmente existem, mas são insuficientes, ineficazes ou inadequadas.

⁵⁶ A necessária prudência judicial quanto aos reflexos orçamentários (possibilidades e limites) da decisão de controle de políticas públicas será vista no capítulo quarto.

Na segunda hipótese, dependendo do valor financeiro da despesa e a disponibilidade orçamentária, o juiz pode determinar a imediata aquisição (respeitados os procedimentos de licitação, se necessário).⁵⁷

No controle em comento existe uma ineficiência no plano da *insuficiência*. Os meios são adequados e eficazes, porém, não bastam. Note-se que nessas hipóteses o Judiciário *coopera* provocando um *reforço quantitativo* da política pública.⁵⁸

c) *Ineficácia da política pública*

Nessa hipótese, o controle pode ser feito tanto na formulação (controle *a priori*) como na execução (controle *a posteriori*). No que tange à ineficácia, também é possível, à título de sistematização, lançar a mesma divisão feita acima. (a) *peçoal*: falta de mão de obra qualificada (v.g. cursos de qualificação para funcionários públicos)⁵⁹; (b) *material*: os objetos essenciais para a viabilização da política pública são ineficazes (v.g. ambulâncias de baixa tecnologia, leitos de hospitais sem instrumentos tecnológicos eficazes, etc).

Na hipótese de *ineficácia pessoal*, o juiz determina que a administração disponibilize cursos de capacitação e/ou requalificação. Na *ineficácia material*, o juiz determina a aquisição dos meios adequados.

O controle da eficácia da política pública enfrenta uma ineficiência *no plano da eficácia*. Os meios escolhidos são adequados e suficientes, porém, ineficazes ou de baixa eficácia. Note-se que nessas hipóteses o Judiciário *coopera* provocando um *reforço qualitativo* da política pública.

d) *Inadequação da política pública*

Também nesse caso a política pública pode estar na fase de formulação ou de execução. Como visto, a política pública - do modo como ela esta sendo concebida nesse trabalho - é um meio que visa concretizar direitos fundamentais.

⁵⁷ Os artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 prevêm as hipóteses de *dispensa* e *inexigibilidade* de licitação, respectivamente. Quando houver a necessidade de licitar, poderá o juiz fixar prazo para a abertura do processo de licitação.

⁵⁸ Esse reforço quantitativo não implica desapego a critérios qualitativos.

⁵⁹ Não são necessárias novas contratações. O número de pessoal é suficiente, mas há uma notória defasagem técnica. Conforme Weber, o critério de escolha dos agentes que deverão compor a burocracia deve ser essencialmente técnico (WEBER, 1991, p. 142-145) Ocorre que com o passar do tempo e em razão de uma tecnologia galopante, pode ocorrer que muitos funcionários se tornem pouco eficientes em razão do despreparo técnico.

Destarte, existe um *dever* constitucional em formular políticas públicas visando essa finalidade, portanto, fora da esfera de discricionariedade do Administrador Público. Nesse diapasão, ele está vinculado constitucionalmente ao dever de formular políticas públicas, tendo em vista que, pela teoria garantista, os direitos fundamentais sociais circunscrevem a *esfera do que não pode deixar de ser decidido*.

Porém, o modo pelo qual a política pública será realizada, ou seja, a escolha dos adequados meios para se atingir os fins perseguidos, pertence ao campo da discricionariedade política. Sendo assim, como se justifica um controle no âmbito da adequação de uma política pública?

A hipótese de controle na adequação visa eliminar, dentre todos os meios disponíveis à Administração, aqueles comprovadamente inadequados para o real atendimento dos direitos fundamentais. Os direitos estão sob ameaça tendo em vista a falta de adequação dos meios escolhidos, portanto, justifica-se a tutela judicial (Art. 5º, XXXV, CRFB). A finalidade desse controle é garantir um nível razoável de atendimento dos fins perseguidos, esse nível apenas será alcançado se os meios forem adequados em relação aos fins. Esse controle é mais comum em circunstâncias extremas, onde se nota, sem muito esforço, que o Administrador, dentre uma gama de meios à sua disposição, escolheu aqueles inadequados para os objetivos da política pública (BREUS, 2006, p. 222-223).⁶⁰

Nessa hipótese de controle não se substitui a política do governante pela do juiz, mas apenas se eliminam os meios comprovadamente inadequados.⁶¹ Uma vez comprovada essa inadequação, a política pública deverá ser *readequada*. Note-se que o juiz deverá invalidar a política pública por comprovada inadequação dos meios, indicando aqueles, à disposição da Administração, que são comprovadamente adequados. Assim, ficará a cargo da Administração escolher os novos meios, inclusive pode optar por outros que não aqueles indicados pelo juiz. A indicação do juiz é mais para comprovar a inadequação dos meios escolhidos

⁶⁰ Dissertando sobre a legitimidade das decisões (política, administrativa e judicial), Ferreira diz que o “juiz não vai substituir ao legislador, ao administrador, no núcleo do poder discricionário. Mas não o estará fazendo se verificar que, diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja em face de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são os parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade” (1997, p. 584).

⁶¹ Quando se fala em “comprovadamente” inadequado se enfatiza a necessidade de uma cognição exauriente onde se ofereça um pleno espaço para o contraditório, utilizando-se amplamente os recursos técnicos para demonstrar a inadequação. Para tanto serão necessárias perícias, bem como poderá ser utilizado um *amicus curiae* para auxiliar o magistrado.

anteriormente do que para determinar o modo pelo qual o Administrador deverá seguir.

Conforme Queiró, “*O fato de não se poder saber o que uma coisa é não significa que não se possa saber o que ela não é*”. Sendo assim, Bandeira de Mello conclui que “*em certos casos não será possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público, mas será possível dizer que aquele comportamento específico adotado não é o que o atende*” (2007, p. 106). A discricionariedade administrativa é um *dever-poder*, pois o Administrador *deve* perseguir o interesse público, para tanto, o legislador lhe concede um *poder* para agir discricionariamente visando eleger os meios mais adequados para atingir a finalidade legal (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 48).

Partindo desse conceito de discricionariedade, é possível afirmar o controle da adequação da política pública. Nessa hipótese de controle, o Judiciário *coopera* provocando uma *readequação* da política pública.⁶²

e) Invalidação de políticas públicas

Esse controle procura anular eventuais políticas públicas que venham a *violar* (abolir ou prejudicar) de qualquer forma a suficiência, a eficácia e a adequação de uma política pública já formulada. Essa hipótese de controle visa impedir que as contingências político-partidárias venham a afetar políticas públicas já formuladas e que estão atendendo razoavelmente os direitos fundamentais. Conforme a teoria garantista, os direitos sociais desenham os temas que não podem deixar de ser decididos, assim, uma vez decididos, doravante devem ser protegidos. Essa hipótese de controle se ancora no *princípio da vedação do retrocesso*.⁶³

Convém registrar que as hipóteses de controle mencionadas acima se justificam pelo *dever* de garantir os direitos fundamentais. Esse dever se desdobra na *satisfação*, na *proteção*, na *progressão* e na *vedação do retrocesso*. É importante mencionar que na *ineficiência pela insuficiência*, na *ineficiência pela ineficácia* e na *inadequação*, o juiz tem como aporte normativo não apenas os vínculos constitucionais representados pelos direitos fundamentais sociais, mas o artigo 37 *caput* da CRFB (princípio da eficiência administrativa).

⁶² Maria Dallari Bucci se posiciona contrariamente ao controle da adequação da política pública (2006, p. 31).

⁶³ Sobre a vedação do retrocesso, vide capítulo terceiro desta dissertação.

Nas cinco hipóteses mencionadas, existem dois pontos de identidade: a questão orçamentária e o cumprimento de obrigação de fazer. Nesse diapasão, uma vez constatada a *ausência*, a *insuficiência*, a *ineficácia*, a *inadequação* e a *violação* de uma política pública voltada à satisfação de direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário, provocado via ação civil pública, proposta pelo Ministério Público, a partir de um processo judicial democrático⁶⁴ e interdisciplinar⁶⁵ e no dever garantista de buscar a eficácia dos direitos sociais, **coopera** para que seja *formulada*, *reforçada* e *readequada* a política pública, bem como determina a *invalidação* de uma política pública que implique retrocesso na satisfação de direitos.

Essa **cooperação** é compatível com a noção de política pública lançada por Maria Dallari Bucci, quando a autora afirma que as políticas públicas devem ser compreendidas como uma *coordenação* dos poderes públicos em prol dos objetivos constitucionais.

As hipóteses de controle judicial de políticas públicas lançadas acima - nomeadamente os casos de formulação, insuficiência, ineficácia e inadequação - podem acarretar repercussões orçamentárias tendo em vista o custo financeiro para o cumprimento da ordem judicial. Essas repercussões orçamentárias serão analisadas no capítulo quarto, mas desde já se torna necessário mencioná-las. Portanto, as hipóteses de controle devem ser cruzadas com as seguintes ocorrências orçamentárias:

1. *Disponibilidade orçamentária específica para a política pública*

Existe na lei orçamentária crédito orçamentário específico para a política pública em litígio. Nesse caso, poderá o juiz determinar imediatamente que pelo menos se inicie a formulação, o reforço ou a readequação da política pública. Outrossim, poderá determinar que o Administrador destine créditos orçamentários específicos na próxima lei orçamentária anual visando à conclusão integral da ordem judicial.

2. *Ausência de disponibilidade orçamentária específica para a política pública*

⁶⁴ Através da utilização das audiências públicas judiciais.

⁶⁵ Interdisciplinar no sentido de trabalhar conjuntamente com profissionais de outras áreas que não do Direito, tais como, contadores, sociólogos, cientistas políticos, filósofos, antropólogos, médicos, assistentes sociais, engenheiros, arquitetos, etc. Quanto à contribuição dos filósofos na formulação e implantação de políticas públicas, vide *Trabalho de cidadão*. In. **Filosofia**. Ano I, n.2. São Paulo: Escala, 2006.

Neste caso *não* há disponibilidade orçamentária específica para a política pública, seja porque não há previsão na lei orçamentária (pois os créditos existentes já estão comprometidos para outras políticas públicas) ou porque todos os créditos orçamentários foram despendidos. Dessa forma, o juiz deverá constatar se há *disponibilidade de caixa*. Havendo, poderá determinar que o Administrador abra créditos orçamentários suplementares ou especiais, independentemente de autorização legislativa, para pelo menos se iniciar a formulação, o reforço ou a readequação da política pública. Igualmente, poderá determinar que o Administrador destine créditos orçamentários específicos na próxima lei orçamentária anual visando à conclusão integral da ordem judicial.

3. *Exaustão orçamentária*

Nesse caso o juiz se depara com a ausência de disponibilidade orçamentária específica para a política pública, bem como de disponibilidade de caixa. Ante a essa *circunstância de exaustão orçamentária*, o juiz poderá determinar que o Administrador realoque créditos orçamentários para que pelo menos se inicie a formulação, o reforço ou a readequação da política pública, podendo determinar que o Administrador destine créditos orçamentários específicos na próxima lei orçamentária anual visando à conclusão integral da ordem judicial.

Este trabalho não poderia ficar silente quanto à separação dos poderes. Sendo assim, é forçoso mencionar que em nenhuma das modalidades de controle o Judiciário *substitui* a Administração Pública. O controle ora proposto violaria o princípio da separação dos poderes se incorresse nas seguintes hipóteses: a) se atuasse de ofício; b) se dispensasse o pressuposto da existência de um litígio, real ou potencial;⁶⁶ c) se não observasse os princípios processuais; d) se proferisse decisão sem fundamento no Direito; e) se praticasse ato próprio da administração (PIZZOLLATTI, 2001, p. 58).⁶⁷

⁶⁶ Importante mencionar que no controle judicial de políticas públicas o litígio é justamente a não formulação, a insuficiência, a ineficácia, a inadequação e a violação da política pública, portanto, o não cumprimento e/ou o desrespeito da Constituição.

⁶⁷ No âmbito de discussão do controle judicial de políticas públicas, se faz necessária uma adequada reflexão sobre o princípio da separação dos poderes. No entanto, tendo em vista os limites dessa dissertação, tal princípio

Conforme Dalla Via, o critério para se definir as matérias suscetíveis de revisão judicial não é a substância política do ato, mas sim o grau de afetação da divisão dos poderes no que tange aos limites de interferência na esfera própria de outro poder.⁶⁸ Nesse diapasão, em nenhuma das hipóteses de controle descritas acima o Judiciário licita, contrata, compra, faz alocações orçamentárias etc., ou seja, o juiz não executa atos materiais próprios da Administração, formulando e executando, por si, a política pública. A conduta do magistrado consiste em prolatar uma decisão com amparo na norma constitucional, determinando que o poder competente que tem o dever constitucional de fazer - no caso o Executivo - faça.

1.4. Direito à saúde e à educação: uma análise dogmática

O recorte dessa pesquisa centra-se nas políticas públicas voltadas à satisfação e proteção dos direitos fundamentais sociais à saúde e à educação. Sendo assim, o objetivo deste item é fazer uma topografia dogmática desses direitos no ordenamento jurídico pátrio. Portanto, será um exercício de *dogmática constitucional*, pois cabe a ela indicar *quais são* os direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2001, p. 289).⁶⁹

Na Constituição brasileira de 1988, o direito fundamental à saúde (art. 6º, CRFB) integra a *seguridade social*.⁷⁰ A saúde é concebida como um direito de todos e um *dever* do Estado, cabendo a este garantir (satisfazer e proteger) esse direito fundamental mediante políticas públicas. Nesse sentido:

Art. 196. A saúde é **direito** de todos e **dever** do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Grifo acrescentado

O *sistema único de saúde* (SUS) é o meio pelo qual o poder público cumpre seu dever jurídico-constitucional no tocante à saúde. O sistema único de saúde abarca ações e serviços federais, estaduais, distritais e municipais, pautando-se, entre outros princípios, pelos seguintes: *descentralização*, com direção única em

não será tratado. No entanto, é possível sustentar que a partir do modelo garantista de legitimação do Estado, o princípio da separação dos poderes passa por uma releitura, devendo ser (pré) compreendido a partir da noção de *cooperação entre os poderes* visando o cumprimento da ordem constitucional.

⁶⁸ DALLA VIA, Alberto. **Los jueces frente a la política**. In. <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/>>, acesso em 25.11.2006.

⁶⁹ Ferrajoli entende que cabe à *teoria do direito* definir o que são os direitos fundamentais; à *filosofia do direito*, o que *devem ser* os direitos fundamentais; à *dogmática constitucional*, *quais são* os direitos fundamentais (2001, p. 289).

⁷⁰ Impende mencionar que a seguridade social (assistência social, saúde e previdência social), deve ser financiada pelos recursos provenientes dos entes políticos e pelas contribuições sociais (Art. 195, *caput*, CRFB).

cada esfera de governo; *atendimento integral*, priorizando as atividades preventivas. O SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, além de outras fontes (SILVA, 2001, p. 809).

A Lei 8.080/90 dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como organiza o funcionamento do SUS. Outrossim, define os deveres do Estado para com a saúde:

Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

A Lei em comento fixa os amplos objetivos do SUS (artigos 5º e 6º), define as competências comuns e específicas dos entes políticos (artigos 15 a 19) e dispõe sobre o financiamento disciplinando os recursos, a gestão financeira e o planejamento (artigos 31 a 38).

A Lei 8.080/90, combinada com a Lei 8.142/90, presta-se como uma importante fonte normativa para o controle judicial de políticas públicas. A Lei 8.142/90 dispõe sobre a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde. Ademais, prevê a criação, em cada esfera do governo, das *Conferências de Saúde* e os *Conselhos de Saúde*.

A Conferência de Saúde deve se reunir a cada quatro anos, com a representação dos vários segmentos sociais, visando avaliar a situação da saúde e propor diretrizes para a formulação de políticas públicas. Ela pode ser convocada pelo Poder Executivo ou, extraordinariamente, pelo Conselho de Saúde (art. 1º, §1º). O Conselho de Saúde é um órgão colegiado composto por representantes do governo, prestadores de serviço, profissionais de saúde e usuários, possuindo um caráter permanente e deliberativo. Deve atuar na formulação e no controle da execução das políticas públicas - inclusive nos aspectos econômicos e financeiros - e suas decisões deverão ser homologadas pelo chefe do poder Executivo (art. 1º, §2º).

Através da Emenda 29/2000, foi dado especial tratamento orçamentário à saúde, vinculando um *percentual mínimo* de destinação orçamentária para a viabilização e proteção do direito. Nesse sentido:

Art. 198. [...]

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde **recursos mínimos** derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:

I - no caso da União, na forma definida nos termos da lei complementar prevista no § 3º;

II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios;

III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º.⁷¹ Grifo acrescentado

A mesma emenda constitucional acrescentou o artigo 77 nos ADCT, fixando os percentuais mínimos de alocação orçamentária até que a Lei Complementar mencionada no §3º do artigo 198 fosse promulgada. O artigo em comento fez um planejamento até o ano de 2004, mas como não foi editada a Lei Complementar, por força do §4º do artigo 77, os percentuais mínimos ali fixados perduram até hoje.

No caso da União, no tocante ao ano de 2001, o artigo determina a manutenção dos recursos empenhados⁷² em ações e serviços de saúde no exercício financeiro de 1999, acrescido de, no mínimo, *cinco por cento* (art. 77, I, a, dos ADCT).

No caso dos Estados e Distrito Federal, **no mínimo doze por cento** do produto da arrecadação do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (art. 155, inciso I, CRFB). *Doze por cento* do produto da arrecadação referente ao artigo 157 da CRFB. *Doze por cento* da transferência prevista no artigo 159, inciso I, alínea a, e inciso II da CRFB, também do mesmo artigo (art. 71, II, ADCT).

No caso dos Municípios e Distrito Federal, *quinze por cento* da arrecadação: do IPTU (imposto sobre propriedade predial ou territorial urbana); do imposto de

⁷¹ § 3º Lei complementar, que será reavaliada pelo menos a cada cinco anos, estabelecerá:

I - os percentuais de que trata o § 2º;

II - os critérios de rateio dos recursos da União vinculados à saúde destinados aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, e dos Estados destinados a seus respectivos Municípios, objetivando a progressiva redução das disparidades regionais;

III - as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas esferas federal, estadual, distrital e municipal;

IV - as normas de cálculo do montante a ser aplicado pela União. <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 19.08.2007.

⁷² Empenho: "Ato que precede a realização de qualquer despesa por parte do Estado: ele cria a obrigação de pagamento dependendo ou não do implemento de qualquer condição. O empenho é, portanto, o pagamento, e deve subordinar-se às possibilidades ao valor do débito que ele representa" (MAIA;TENÓRIO, 1975, p. 137).

transmissão *inter vivos*; do ISQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza). *Quinze por cento* do produto da arrecadação referente ao artigo art. 158 e 159, inciso I, alínea *b* e §3º.

O direito à educação aparece na Carta brasileira nos artigos 6º e 205, onde é afirmado como direito fundamental e *dever* do Estado. O artigo 205 da Constituição explicita o titular do direito (todos) e a quem cabe a obrigação (o Estado); já o artigo 206 da Constituição, fixa os princípios norteadores para as políticas públicas voltadas à educação. Dissertando sobre os artigos em comento, leciona Silva:

[...] o Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art. 206); que tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização (2001, p. 316).

Quanto à natureza jurídica do direito à educação, Silva conclui categoricamente que se trata de direito público subjetivo de aplicabilidade imediata, portanto, plenamente justiciável. Igualmente, a Constituição brasileira elevou a educação à categoria de serviço público essencial, devendo o Estado possibilitá-la a todos (2001, p. 316). A Lei 9.394/96 reforça a natureza de direito público subjetivo e a justicialidade do direito à educação fundamental:

Art. 5º **O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo**, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, **acionar o Poder Público para exigi-lo**. Grifo acrescentado

§ 2º Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º Qualquer das partes mencionadas no *caput* deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.⁷³

A política nacional de educação deve ser objeto de um plano plurianual e seus objetivos específicos estão dispostos no artigo 214 da CRFB, os quais: erradicação do analfabetismo, universalização do atendimento escolar, melhoria da qualidade de ensino, formação para o trabalho, promoção humanística, científica e tecnológica do país. Outrossim, a política nacional deve se pautar pela progressiva extensão dos princípios da obrigatoriedade e da gratuidade do ensino (art. 208, II).

⁷³ <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 19.08.2007.

Compete à União, com a colaboração dos demais entes políticos, elaborar o Plano Nacional de Educação (Lei 9.394/96, art. 9, inciso I).

A educação será financiada: 1. pela receita dos impostos próprios dos diferentes entes políticos; 2. pelas receitas provenientes de transferências constitucionais e outras transferências; 3. pela receita do salário-educação e de outras contribuições sociais; 4. pela receita de incentivos fiscais e de outros recursos previstos em lei (Lei 9.394/96, art. 68).

No que tange ao tratamento orçamentário privilegiado, a Constituição brasileira determina que a União aplique anualmente, no mínimo, *dezoito por cento* das receitas dos seus impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino; e os Estados, Municípios e Distrito Federal, no mínimo, *vinte e cinco por cento* da receita de seus impostos, inclusive as receitas provenientes de transferência (Art. 212, CRFB). Ademais, conforme o artigo 212, §3º da Carta brasileira, na distribuição dos recursos orçamentários deverá ser priorizado o *ensino obrigatório* (ensino fundamental – art. 208, I, CRFB).⁷⁴ Todos esses valores são vinculados visando à *manutenção e o desenvolvimento do ensino*.⁷⁵

A fixação inicial desses valores mínimos estatuidos constitucionalmente, terá como base a receita estimada na lei do orçamento anual, que deverá ser ajustada, quando for o caso, pela lei que autorizar a abertura de créditos adicionais, tendo em vista o eventual excesso de arrecadação (art. 69, §3, da Lei 9.394/96).

⁷⁴ É importante mencionar que no ordenamento pátrio a educação escolar é composta pela *educação básica*, compreendendo a educação infantil, o ensino fundamental e médio; e a *educação superior* (art. 21 da Lei 9.394/96).

⁷⁵ Lei 9.394/96, art. 70. Considerar-se-ão como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III - uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
- IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;
- VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
- VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;
- VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar.

Lei 9.394/96, art. 71. Não constituirão despesas de manutenção e desenvolvimento do ensino aquelas realizadas com:

- I - pesquisa, quando não vinculada às instituições de ensino, ou, quando efetivada fora dos sistemas de ensino, que não vise, precipuamente, ao aprimoramento de sua qualidade ou à sua expansão;
- II - subvenção a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial, desportivo ou cultural;
- III - formação de quadros especiais para a administração pública, sejam militares ou civis, inclusive diplomáticos;
- IV - programas suplementares de alimentação, assistência médico-odontológica, farmacêutica e psicológica, e outras formas de assistência social;
- V - obras de infra-estrutura, ainda que realizadas para beneficiar direta ou indiretamente a rede escolar;
- VI - pessoal docente e demais trabalhadores da educação, quando em desvio de função ou em atividade alheia à manutenção e desenvolvimento do ensino. <<http://www.planalto.gov.br>>, acesso em 19.08.2007.

Devem ser afastados, no tocante ao direito à educação, os habituais argumentos que se ancoram na ausência de recursos financeiros e na incompetência do Judiciário para decidir a destinação dos recursos públicos. O constituinte procurou garantir o direito à educação, nomeadamente o ensino fundamental, determinando investimentos mínimos. Tal postura retrata a importância atribuída à educação.⁷⁶

Tudo isso demonstra inequivocamente a impertinência, no que diz com um direito subjetivo ao ensino fundamental público gratuito, também dos argumentos relativos à reserva do possível e da incompetência dos tribunais para decidir sobre a matéria. As regras sobre as competências na esfera do ensino, a origem e destinação das verbas, bem como as prioridades e metas da política de ensino, já estão inequivocamente contidas na própria Constituição (SARLET, 2003, p. 322).

Nesse diapasão, Barroso afirma a possibilidade do poder público, no âmbito de uma demanda cominatória, ser condenado judicialmente a uma obrigação de fazer, determinando a construção de uma escola, salas de aula ou a contratação de professores (2000, p. 151).

Quanto ao compromisso internacional de proteção à educação, dispõe o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:⁷⁷

Art. 13.2. Os Estados Parte do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:

a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; [...]

Art. 14. Todo Estado Parte do presente Pacto que, no momento em que se tornar Parte, ainda não tenha garantido em seu próprio território ou territórios sob sua jurisdição a obrigatoriedade e a gratuidade da educação primária, se compromete a elaborar e a adotar, dentro de um prazo de dois anos, um plano de ação detalhado destinado à implementação progressiva, dentro de um número razoável de anos estabelecidos no próprio plano, do princípio da educação primária obrigatória e gratuita para todos.

Portanto, nota-se que os direitos fundamentais à educação e à saúde, foram concebidos pela Constituição brasileira de 1988 como direitos públicos subjetivos⁷⁸ e como serviços públicos essenciais. Outrossim, foi dedicado um tratamento orçamentário privilegiado a esses direitos, fixando-se montantes mínimos para a alocação orçamentária, visando a sua satisfação, proteção e ampliação.

Tal tratamento dado pela Constituição, na esteira garantista, além de afirmar o caráter vinculante desses direitos - representando temas que não podem deixar de ser decididos - confere aos direitos fundamentais à saúde e à educação uma

⁷⁶ É plenamente possível estender essa argumentação para o direito à saúde, tendo em vista a semelhança de tratamento dada pelo constituinte.

⁷⁷ O Brasil é signatário deste Pacto.

⁷⁸ Convém registrar que a concepção dos direitos à saúde e à educação não encontram unanimidade na doutrina no que tange ao seu status de direito público subjetivo.

exigência, conseqüentemente um dever, de observância prioritária no rol dos direitos sociais.

Por força do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), o Estado brasileiro está obrigado a garantir níveis mínimos de satisfação no tocante aos direitos à saúde e à educação, bem como deve promover progressividade e evitar o retrocesso desses direitos. Sendo assim, as políticas públicas voltadas aos direitos à saúde e à educação devem direcionar-se não apenas a garantir níveis mínimos de satisfação, mas em promover progressividade e pautar-se pela proibição do retrocesso.⁷⁹

Por fim, é forçoso mencionar as esferas de competência em matéria de direito à saúde e à educação. O *critério da extensão* é uma forma para se classificar as competências entre os entes políticos. Esse critério procura definir a participação de uma ou mais entidades federativas no que tange à normatização ou à realização material de determinados interesses. Sendo assim, a competência pode ser exclusiva, privativa ou comum. A saúde e a educação são *competências comuns* da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]
II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
[...]
V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência;

Leciona Silva que as competências em tela circunscrevem um campo de atuação comum aos diferentes entes políticos, podendo ser exercidas cumulativamente. Representam, portanto, faculdades de legislar ou praticar atos materiais em determinadas esferas, juntamente e em pé de igualdade, com outro ente federativo (2001, p. 483).

Quanto à educação, o artigo 211, parágrafos 2º e 3º da CRFB, determina, respectivamente, que os Municípios priorizem o ensino fundamental e a educação infantil e os Estados e o Distrito Federal priorizem o *ensino fundamental e médio*.⁸⁰

⁷⁹ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado pela Assembleia Geral da ONU, em dezembro de 1966. Ocorre que as 35 ratificações necessárias para sua entrada em vigor na ordem internacional, só foram conseguidas dez anos depois, em janeiro de 1976. O PIDESC foi ratificado pelo Brasil em 12 de dezembro de 1991 e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592/92, passando assim a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

⁸⁰ Convém mencionar que a proteção à criança e ao adolescente (saúde e educação, entre outros direitos), por força do artigo 227 da CRFB, deve ser atendida com “absoluta prioridade”, pela família, sociedade e Estado. Quanto ao poder público, deve promover programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente,

Conforme a Lei 9.394/96, a União, dentre outros deveres, deve “*prestar **assistência técnica e financeira** aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para o desenvolvimento de seus sistemas de ensino e o atendimento prioritário à escolaridade obrigatória, exercendo sua função redistributiva e supletiva*” (art. 9, inciso III). Os Estados devem assegurar o ensino fundamental e oferecer, com prioridade, o ensino médio, bem como assumir o transporte escolar dos alunos da rede estadual (art. 10, incisos VI e VII). Quanto aos Municípios, devem assegurar a educação infantil e atuarem, com prioridade, em prol do ensino fundamental. O Município poderá atuar no ensino médio - desde que estejam satisfeitas à educação infantil e fundamental - e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal nessa área. Igualmente, deve assumir o transporte escolar dos alunos da rede municipal (art. 10, incisos V e VI).

1.5. Ética da responsabilidade e ética da convicção: proposta de uma racionalidade para o controle judicial de políticas públicas

O objetivo desse item não é uma varredura da obra sociológica de Weber, mas apenas uma reflexão acerca das duas éticas (*ética da responsabilidade* e *ética da convicção*) visando possibilitar uma melhor compreensão do conceito de políticas públicas e assim fixar um adequado controle judicial, ou seja, identificar uma base teórica que justifique o controle e um agir que o torne responsável. Portanto, o propósito deste item é ofertar – pelo menos os contornos iniciais – uma racionalidade para a decisão judicial de controle de políticas públicas.

Na conferência “A política como vocação” – um texto de notável realismo político - Max Weber trata de alguns temas relativos à política e lança seus olhares ao problema, antecipado por Maquiavel, envolvendo as relações entre ética e política.⁸¹

Para Weber, toda ação orientada pela ética pode se subordinar a duas máximas diversas e irredutivelmente opostas: ética da responsabilidade e ética da convicção. No entanto, uma ética não exclui necessariamente a outra, a ética da responsabilidade não é a ausência completa de convicção e a ética da convicção

dentre outros deveres. Da leitura da Constituição, percebe-se que a proteção à criança e ao adolescente é a prioridade da prioridade.

⁸¹ Maquiavel não foi o único pensador político a se debruçar sobre a relação entre ética e política. A semelhança entre Weber e Maquiavel não se dá em razão do tema escolhido para a reflexão (ética e política), mas sim pela resposta que eles ofereceram. Talvez Weber tenha sofisticado os argumentos, promovendo bases teóricas mais sólidas ao que Maquiavel tinha antecipado.

não é a completa ausência de responsabilidade. Ocorre que há uma relevante oposição, tendo em vista a irracionalidade ética do mundo, entre a atitude de quem se conforma, exclusivamente, pela ética da responsabilidade ou pela ética da convicção (WEBER, 1998, p. 113).

A base dessas duas modalidades de ética está nos tipos de ação social (ARRUDA JUNIOR, 1996, p. 15). A *ação social racional orientada a fins* é a base da ética da responsabilidade e a *ação social racional orientada por valores* está na base da ética da convicção.⁸² Para a melhor compreensão sobre os tipos de ação social, faz-se necessário trazer à colação as palavras de Weber:

A ação social, como toda ação, pode ser determinada: 1) de modo racional referente a fins: por expectativas quanto ao comportamento de objetos do mundo exterior e de outras pessoas, utilizando essas expectativas como “condições” ou “meios” para alcançar fins próprios, ponderados e perseguidos racionalmente. 2) de modo racional referente a valores: pela crença consciente no valor – ético, estético, religioso ou qualquer que seja sua interpretação – absoluto e inerente a determinado comportamento como tal, independentemente do resultado (1991, p. 15).

Após a fixação desses conceitos, Weber passa a explicar as características desses dois tipos de ação social:

Age de maneira racional referente a fins quem orienta sua ação pelos fins, meios e conseqüências secundárias, ponderando racionalmente tanto os meios em relação às conseqüências secundárias, assim como os diferentes fins possíveis entre si:[...]

Age de maneira puramente racional referente a valores quem, **sem considerar as conseqüências previsíveis**, age a serviço de sua convicção sobre o que parecem ordenar-lhe o dever, a dignidade, a beleza, as diretivas religiosas, a piedade ou a importância de uma ‘causa’ de qualquer natureza (1991, p. 15-16). Grifo acrescentado

Leciona Aron:

A ética da responsabilidade (*Verantwortungsethik*) é aquela que o homem de ação não pode deixar de adotar; ela ordena a se situar numa situação, a prever as conseqüências das suas possíveis decisões e a procurar introduzir na trama dos acontecimentos um ato que atingirá certos resultados ou determinará certas conseqüências que desejamos. A ética da responsabilidade interpreta a ação em termos de meios-fins [...] se preocupa com a eficácia, e se define pela escolha dos meios ajustados ao fim que se pretende. [...]

O problema da escolha dos valores nos introduz à ética da convicção (*Gesinnungsethik*), que incita a agir de acordo com nossos sentimentos, sem referencia, explícita ou implícita, às conseqüências (2000, p. 470; 472).

A ética da convicção é ancorada em valores absolutos, sendo assim, para quem se conforma com essa modalidade de ética, o problema das conseqüências é pouco relevante. Nesse sentido, temos o cristão que cumpre seu dever confiando

⁸² Convém advertir que esses tipos de ação social são *tipos ideais*, portanto, não são modelos ideais de conduta, mas conceitos puros (extraídos do mundo empírico) que procuram ordenar aspectos recorrentes da realidade, no entanto, não existem empiricamente na sua pureza conceitual. São ferramentas que possibilitam a pesquisa sociológica (WEBER, 1992, p. 139-154).

exclusivamente a Deus os resultados da ação. Quando as conseqüências de uma ação praticada pela ética da convicção se revelam desagradáveis, o sujeito da ação não atribui a responsabilidade dessas conseqüências a si, mas transfere essa responsabilidade *“ao mundo, à tolice dos homens ou à vontade de Deus, que assim criou os homens”* (WEBER, 1998, p. 113).

O ator social que se guia apenas pela ética da convicção, ao tomar uma decisão, se isenta de qualquer responsabilidade pelas conseqüências de seu ato, atribuindo-as ao valor absoluto pelo qual se pauta. Nesse sentido:

O partidário da ética da convicção só se sentirá ‘responsável’ pela necessidade de velar em favor da chama da doutrina pura, a fim de que ela não se extinga de velar, por exemplo, para que se mantenha a chama que anima o protesto contra a injustiça social. Seus atos, que só podem e só devem ter valor exemplar, mas que, considerados do ponto de vista do objetivo essencial, aparecem como totalmente irracionais, **visam apenas àquele fim: estimular perpetuamente a chama da própria convicção** (WEBER, 1998, p. 114). Grifo acrescentado

A ética da convicção é uma ética do “tudo ou nada”, se funda exclusivamente a partir do aspecto valorativo dos objetivos, da “pureza das intenções”, pouco se importando com as condições objetivas para a realização da causa.⁸³ É a-histórica por ser descontextualizada, não levando em consideração as particularidades conjunturais que a política não pode escapar (ARGUELO, 1997, p. 53).

Já a ética da responsabilidade, além de se guiar pela lógica *“meios-fins”*, funda-se na idéia de que as conseqüências das ações devem ser atribuídas aos seus agentes. O partidário da ética da responsabilidade é ciente de que não pode depositar em ombros alheios as conseqüências previsíveis de sua própria conduta, *“Devemos responder pelas previsíveis conseqüências de nossos atos”* (WEBER, 1998, p. 113). Apenas a ética da responsabilidade pode conduzir a ação racional referente a fins com eficácia e sobretudo com responsabilidade ante as conseqüências. Somente ela pode *“vincular a orientação ao sucesso de uma ação e a imaginação de um dever para guiar a causa”* (SCHLÜCHTER, apud ARGÜELO, 1997, p. 55).

⁸³ Por esse motivo torna-se necessária a ética da responsabilidade.

Muito embora as sensíveis diferenças entre as duas éticas, elas não se contrapõem, mas tendem a se complementar, formando o homem de vocação política (WEBER, 1998, p. 118).⁸⁴

O homem de vocação política tem que ter três qualidades: a paixão, o sentimento de responsabilidade e o senso de proporção (WEBER, 1998, p. 106). A paixão representa a devoção a uma “causa”, conferindo ao ator político o potencial para modificar a história ou se recuperar frente a um fracasso. Sem a paixão, não haveria comprometimento pessoal, consequentemente a atividade política se degeneraria em um negócio de técnicos. Ocorre que a paixão, na ausência do sentimento de responsabilidade, seria apenas uma “excitação estéril”. Outrossim, o senso de proporção representaria o *“fator psicológico fundamental do homem político”* (ARGÜELO, 1997, p. 52).

A ausência de uma “causa” e a falta do sentimento de responsabilidade, podem acarretar uma ação política desastrosa. O fator que promove consistência interna à ação política é a orientação a uma “causa”. O sentimento de responsabilidade é o que possibilita a escolha de meios que promovam uma margem de previsibilidade das conseqüências. Nesse sentido:

[...] a responsabilidade, enquanto uma característica fundamental do ator político, é balizada exatamente pela possibilidade de prever as conseqüências da ação e, para tanto, o ator político terá de contar com um meio (mais ou menos efetivo) que lhe propicie ter uma idéia (razoavelmente) dos desdobramentos possíveis do estado de coisas de seu interesse (ARGÜELO, 1997, p. 52).

Nesse sentido, os valores orientam a ação política, mas para a sua consecução o ator político deverá fazer uma previsão racional para direcionar a ação e dimensionar seus desdobramentos. Nesse ponto aparece a função da ciência, *“propondo os meios para atingir determinados fins e prevenindo os efeitos possíveis”*. No entanto, a escolha dos valores últimos, ou seja, a “causa”, só pode ser definida pela “paixão” (ARGÜELO, 1997, p. 53).

⁸⁴ Dadas as circunstâncias reais, marcadas pela irracionalidade ética do mundo, é freqüente que uma ação considerada “boa” segundo a ética da convicção leve a conseqüências trágicas, apresentando-se “ruim” em relação à ética da responsabilidade. De outra banda, uma ação adequada a finalidades “boas”, seria, portanto, “boa” pela ética da responsabilidade, mas poderia afrontar algum princípio absoluto e ser “má” em relação à ética da convicção. Se o mundo fosse plenamente racional, uma ação considerada boa em si mesma (ética da convicção) deveria necessariamente levar a uma conseqüência boa, mas isso nem sempre ocorre tendo em vista a irracionalidade ética do mundo. Dessa forma, as duas éticas se complementam no plano ideal, mas de fato, sua conciliação nem sempre é possível. A conciliação entre as duas éticas é sempre uma meta, na medida em que a ação humana é sempre voltada para a organização racional do mundo segundo um valor. Nesse sentido é que elas se complementam.

Os valores possuem uma notável importância para a ética da responsabilidade, tendo em vista que a partir deles o agente se orienta no sentido de delimitar a “*causa*” de uma ação. Dessa forma, “*causa*”, *estratégia/paixão* e *responsabilidade*, se relacionam a partir de uma interdependência. Conforme Saint-Pierre:

Uma causa sem estratégia é irrealizável, mas uma estratégia sem causa é ‘cega’, a paixão sem responsabilidade é incontrolável, mas a responsabilidade sem paixão é ‘paralítica’ (apud ARGÜELO, 1997, p. 53).

Feita essa explanação sobre as duas éticas, torna-se necessário retomar o tema referente à compreensão da política pública. Conforme já mencionado, dos diversos conceitos de política pública trazidos à baila, é possível extrair dois pontos de identidade: a racionalidade meio-fim que a política pública deve ser regida e a importância dos postulados constitucionais no direcionamento da política pública.

Unindo esses dois pontos com as duas éticas weberianas, podemos notar, guardadas as devida proporções, importantes relações. Conforme visto acima, a ação política congrega as duas éticas, tendo em vista que a ética da convicção é o componente valorativo que define a “causa” a ser perseguida e a ética da responsabilidade é o fator que direciona a escolha dos meios mais eficazes dimensionando as conseqüências previsíveis da ação. Do mesmo modo, por meio dessa ética, o ator político se responsabiliza pela ação.

Ademais, reforçando a necessidade das duas éticas para a compreensão das políticas públicas e para a justificação da decisão judicial de controle, a adoção do conceito “política pública”, no Direito, implica em aceitar em um grau mais elevado a interpenetração entre as esferas jurídica e política, ou seja, assumir a comunicação que há entre esses dois sistemas.⁸⁵ Essa interpenetração redundará na atribuição de critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, bem como na adoção, por parte do Direito, de uma postura de alta densidade substantiva, portanto, mais informada por elementos da política (BUCCI, 2002, p. 241-242).

Portanto, é possível compreender a política pública a partir da sociologia de Weber. A ética da convicção estaria na fidelidade à Constituição e a seus postulados. Representaria a “paixão” tendo em vista que é a partir da Carta que uma política pública se direciona, pois os postulados constitucionais definem a “causa” da

⁸⁵ Quanto à comunicação entre a *Política* e o *Direito*, Neves sustenta que é a partir da Constituição que ocorre o *acoplamento estrutural* desses dois sistemas autopoieticos. Vide NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

política pública. A ética da responsabilidade figuraria a racionalidade instrumental da política pública, ou seja, ela deve ser compreendida como a definição de meios adequados para se atingir os fins sinalizados constitucionalmente. Nesse diapasão, a eleição dos meios dimensionaria as possíveis conseqüências da política pública, redundando na responsabilidade do agente frente aos resultados obtidos.

Essa compreensão da política pública a partir das duas éticas weberianas será de grande importância para se fixar a racionalidade que a decisão judicial de políticas públicas deve seguir.

No controle judicial de políticas públicas por meio de Ação Civil Pública, a decisão judicial, muito além da subsunção, apresenta-se como uma decisão política a respeito do bem jurídico ou do interesse social merecedor de maior proteção pelo Estado, tendo em vista as disposições constitucionais que delimitam os *temas que não podem deixar de ser decididos*. Assim, é exigido do magistrado uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas.⁸⁶

Nesse sentido disserta Sergio Arenhart:

O aprendizado desta nova forma de pensar para o magistrado exige que ele tome sempre em consideração duas questões fundamentais: de um lado a atenção constante aos princípios fundamentais do Direito (somados aos seus critérios hermenêuticos e sua forma de incidência); de outro a redobrada sensibilidade com a realidade social. [...] **Em todo**

⁸⁶ Essa afirmação deságua no intenso debate sobre a judicialização da política. Independentemente da adoção de sistema normativo de *civil law* ou *common law*, é possível notar a ampliação do âmbito de intervenção do Poder Judiciário e, portanto, sua capacidade de agir politicamente, fenômeno causado pelo novo modelo constitucional concebido a partir do segundo pós-guerra (SADEK, apud CASTRO; RIBEIRO, 2006, p. 02). A partir dessa constatação Castro e Ribeiro lecionam que em decorrência desse processo, começa a se desenvolver, sobretudo na década de 90, literatura especificamente comparativa, referente ao processo judicial e seu significado político nas democracias contemporâneas. Nessa linha, está a análise de Stone (1994) sobre o processo de formulação e implementação de políticas públicas na França e na Alemanha. Tais análises permitiram a caracterização do que o autor chamou de “construção coordenada” (*coordinate construction*), processo que é marcado pela participação política dos tribunais (Conseil Constitutionnel e *Bundesverfassungsgericht*, no caso da pesquisa referida) na formulação e implementação de políticas públicas nesses países. A esse fenômeno de interação entre o processo judicial e o sistema político democrático e seus conseqüentes efeitos em termos de formulação e implementação de políticas públicas, foi atribuído o nome de “judicialização da política” (CASTRO; RIBEIRO, 2006, p. 03). Para Wallinder a judicialização da política ocorre quando o Poder Judiciário passa a apreciar questões que antes não eram abrangidas no processo judicial, assim, há uma maior participação dos tribunais no processo de implementação de políticas públicas, antes dominado pelo Executivo e Legislativo (WALLINDER, apud CASTRO; RIBEIRO, 2006, p. 03). Quanto à judicialização da política, “Neal TATE (1995) enumera diversos fatores que contribuem para a judicialização da política. O primeiro fator, conforme já apresentado, é a Democracia. Embora a judicialização pareça, em um primeiro momento, ameaçar a regra da maioria e os poderes representativos, segundo o autor, é difícil imaginar que, em um regime de ditadura, o detentor do poder deseje um aumento da participação política do judiciário e tolere um controle judicial efetivo de seus atos. A separação dos poderes, especialmente sob a ótica dos freios e contrapesos, pode ser também considerada como fator que facilita o processo de judicialização. Além disso, considera-se muito importante para a expansão do ativismo judicial a presença de uma “política de direitos” (*politics of rights*). Por essa “política”, concede-se a indivíduos e minorias a titularidade de direitos, oferecendo condições para que o Estado, por meio dos tribunais judiciais, tome decisões contra a vontade da maioria. O Judiciário passa a ser instância que garante a proteção de minorias contra a maioria. A existência de uma Constituição com uma descrição extensa de direitos e garantias individuais pode facilitar uma “política de direitos”. A judicialização da política, todavia, só é intensificada quando as Cortes se posicionam a favor da expansão interpretativa da carta de direitos fundamentais (*bill of rights*). (WALLINDER, apud CASTRO; RIBEIRO, 1996, p. 03).

este papel interpretativo do magistrado se nota alta dose de critérios político-valorativos. Embora se tente esconder esta imposição sob o manto de argumentos retóricos, não há dúvida de que há de se exigir do magistrado papel valorativo semelhante àquele esperado dos representantes políticos da sociedade. **A ação civil pública é, nesse passo, instrumento de exercício da democracia participativa direta,⁸⁷ e o juiz, ao julgá-la, exerce nítida função política, ao lado da jurídica.** Neste papel, porém, deve o magistrado buscar formular estas opções políticas não segundo suas próprias opiniões ou convicções, mas sim de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico nacional demandaria em termos de escalonamento de prioridades. A partir desses critérios, não há sentido em o magistrado sentir-se desempenhando papel que não lhe compete.⁸⁸ Grifo acrescentado

Dessa forma, o juiz não poderá julgar sem um suporte de convicção a partir da Carta, bem como não poderá se eximir das responsabilidades da sua decisão. Uma decisão dada por pura “paixão constitucional” sem se ater às contingências e particularidades da realidade político-social circundante, será pouco eficaz do ponto de vista pragmático (talvez simbolicamente gere uma deslegitimação política saudável). Nessas decisões, em regra, os juízes, por agirem a partir de uma crença absoluta na Constituição, depositam a responsabilidade pelas conseqüências da decisão nos valores constitucionais, cabendo a esses o bônus do sucesso e o ônus do fracasso.

Ao se ignorar o Estado e a política, a carga de mudança da sociedade é depositada apenas nos dispositivos constitucionais, o sucesso ou o fracasso desse empreendimento transformador são atribuídos apenas à Carta, isentando de responsabilidade o agente. A fidelidade à Constituição é necessária, porém não suficiente para a decisão judicial de controle de políticas públicas.

É de vital importância o juízo de adequação entre meios e fins, bem como a análise dos limites e das possibilidades fáticas para o cumprimento da decisão judicial, ou seja, as condições objetivas para a realização da decisão.⁸⁹ Dessa forma,

⁸⁷ Não concordamos que se trate de democracia direta. A Ação Civil Pública não pode ser ajuizada por qualquer interessado, pois a legitimação ativa para a proposta do pedido obedece a uma lista *numerus clausus*. Acreditamos que a Ação Civil Pública abre um canal diferenciado para a exigência coletiva de direitos, e é nesta medida que ela adquire um potencial democrático.

⁸⁸ Para o autor a legitimidade do juiz não decorre do voto, mas do processo judicial na medida em que o contraditório e a ampla defesa são respeitados, bem como em razão do amplo debate com os envolvidos na demanda. ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=2>>, acesso em 21.06.2007.

⁸⁹ Ante a escassez dos recursos financeiros torna-se imperioso agir com responsabilidade. Nesse sentido: “Levar o custo dos direitos em conta é então se portar como um administrador prudente, que se indaga sobre como alocar inteligentemente recursos limitados, levando em conta o amplo espectro de bens e utilidades públicas. Os direitos assegurados em lei têm ‘custos de oportunidade’; quando um direito é tornado efetivo, outros bens valiosos, inclusive direitos, são postos à margem, pois os recursos consumidos para dar eficácia àquele direito são escassos” (AMARAL, 2001, p. 117). “Pretender que as pretensões positivas possam, sempre e sempre, ser reivindicáveis, pouco importando as conseqüências financeiras e eventuais impossibilidades do Erário é divorciar tais pretensões de qualquer fundamento de justiça, seja porque a falta de recursos provocará discriminações arbitrárias sobre quem receberá a utilidade concreta e quem não receberá [...]” (AMARAL, 2001, p. 223-224).

não é difícil visualizar a necessidade de se conciliar as duas éticas no que tange ao controle de políticas públicas, ou seja, somar fidelidade ao projeto constitucional com responsabilidade na adequação dos meios aos fins, bem como levando em conta as possibilidades fáticas da decisão.⁹⁰

No controle judicial de políticas públicas, uma decisão que se guia unicamente pela ética da convicção é considerada “boa” por se pautar pelos valores constitucionais, mas poderia redundar “trágica” ao não se reportar aos limites e possibilidades de eficácia da decisão.⁹¹ Pelo contrário, quando se fundem as duas éticas, *fidelidade à Constituição* (que é um valor, uma “causa”) e *pressupostos de eficácia da decisão* se somam, possibilitando uma decisão judicial “boa” em relação à ética da convicção e à ética da responsabilidade.

Destarte, por um imperativo de *ética de responsabilidade*, deve o magistrado analisar os pressupostos (limites e possibilidades) de eficácia da decisão judicial prolatada em sede de controle de políticas públicas, ou seja, aferir as condições objetivas possibilitadoras da decisão judicial. Visando maximizar a eficácia da decisão judicial, alguns desses pressupostos podem ser encontrados na aferição dos limites e possibilidades orçamentários para o cumprimento da ordem judicial.

O que se propõe nessa dissertação é uma decisão judicial responsável agregando *ética da convicção* (fidelidade ao projeto constitucional) e *ética da responsabilidade* (ampla reflexão na adequação entre meios e fins, ponderação com as particularidades conjunturais e as possibilidades orçamentárias da decisão judicial, bem como, principalmente, a responsabilização pelas conseqüências da decisão).⁹²

Dessa forma, no afã de concretização dos direitos, busca-se um pretenso “estado de equilíbrio social, incompatível com a total desestabilização das finanças públicas” (AMARAL, 2001, p. 223-224).

⁹⁰ Tojal leciona que atualmente a legitimação do controle de constitucionalidade “não se dá mais a partir apenas e tão somente de uma ética de responsabilidade em função da qual os meios definem os fins possíveis”. O que se reclama é uma atuação política que se oriente pelo texto constitucional se legitimando a partir da concretização dos objetivos e metas previamente traçadas constitucionalmente (2003, p. 191). É possível perceber que o autor sinaliza a necessidade de uma conciliação entre as duas éticas weberianas. Note-se que ele não abandona a ética da responsabilidade, apenas adverte sobre a importância de fidelidade ao projeto constitucional.

⁹¹ É importante advertir que, no controle de políticas públicas, a decisão judicial de pura ética de convicção, ou seja, aquela que adere fielmente ao projeto constitucional sem adentrar na análise dos limites e possibilidades de cumprimento da ordem judicial, não deve ser entendida como ilegítima (inválida).

⁹² Responsabilização no sentido ético e não cível ou penal. O juiz deve assumir a postura de que ao dar uma decisão de controle de política pública ele está adentrando em temas de conteúdo político. Essa postura de sinceridade profissional e ética, inevitavelmente faz com que o juiz se sinta como um agente histórico e que as conseqüências de sua decisão não devem ser depositadas apenas nos mandamentos constitucionais, ele, enquanto juiz e agente político deve assumir sua carga de responsabilidade por uma decisão de tamanho vulto.

Como será visto no capítulo terceiro, o garantismo jurídico será trabalhado como um suporte de justificação para a decisão judicial de controle de políticas públicas. Portanto, o garantismo jurídico será concebido como uma teoria jurídica, mas sobretudo como um valor (uma filosofia política), ou seja, uma ideologia do Estado constitucional.

Na esteira de Eros Grau, todas as “*decisões jurídicas, porque jurídicas, são políticas*”. Negar essa máxima, principalmente no controle judicial de políticas públicas, redundaria na entronização do lema *fiat justitia pereat mundus* (1993, p. 147). Essa pré-compreensão reforça a necessidade das duas éticas weberianas no controle judicial de políticas públicas.

No entanto, antes de analisar os suportes de justificação (ética de convicção)⁹³ e de responsabilidade (ética de responsabilidade)⁹⁴ para a decisão de controle judicial de políticas públicas, se faz necessário um estudo no âmbito da procedimentalização desta modalidade de controle.

Essa modalidade de decisão (controle judicial de políticas públicas) não pode ser tomada por um puro impulso de uma paixão quase religiosa à Constituição, sob pena de ser meramente simbólica, carecendo de eficácia e afetando a própria legitimidade do Judiciário. Sendo assim, o tema da reserva do possível, notadamente a questão orçamentária, deve ser estudado com muito cuidado. Não se pode olvidar que um importante suporte de legitimação do Judiciário está em suas decisões, sendo assim, os modelos de justificação devem ser amplamente debatidos.

⁹³ No terceiro capítulo deste trabalho será trabalhado o garantismo jurídico como teoria de justificação do controle judicial de políticas públicas.

⁹⁴ No quarto capítulo desta pesquisa serão analisados os limites e possibilidades fáticos da decisão judicial de controle de políticas públicas (reserva do possível e orçamento público).

2. AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Neste capítulo, a partir da construção teórica de Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais à educação e à saúde serão caracterizados como *interesses difusos* (art. 81, parágrafo único, inciso I, da Lei 8.078/90). A partir daí, será abordada a Ação Civil Pública como uma ferramenta processual adequada para viabilizar o controle judicial de políticas públicas.

2.1. Direitos fundamentais na teoria garantista e interesses difusos

O objetivo não é empreender um longo estudo sobre as diferentes categorias de interesse – até porque tal propósito renderia uma dissertação tendo em vista o excessivo formalismo do direito processual pátrio -, mas, a partir da teoria garantista, identificar os direitos fundamentais sociais à saúde e à educação como interesses transindividuais e a Ação Civil Pública como o meio processual adequado para a exigência coletiva desses direitos.

Na teoria garantista, os direitos fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia, em *complementação* à dimensão política ou formal, tendo em vista os valores que representam (necessidades protegidas),¹ mas sobretudo por sua importância estrutural fundada em quatro bases: universalidade, indisponibilidade, atribuição *ex lege* e verticalidade.²

A partir desses caracteres estruturais dos direitos fundamentais, se torna possível a garantia de interesses e necessidades considerados vitais a todos (a vida,

¹ A concepção formal de direitos fundamentais se assenta no argumento de que alguns direitos são tidos como “fundamentais” não porque correspondem a valores ou interesses vitais, mas em razão de serem *universais e indisponíveis*. Para Ferrajoli, é óbvio que de fato os direitos fundamentais têm um conteúdo - trivial ou vital, injusto ou justo -, mas essa tese de conteúdo não pertence à teoria do Direito, cabendo a esta apenas a definição formal dos direitos fundamentais, ou seja, sua estruturação a partir de conceitos pertencentes à ciência jurídica. Não cabe à teoria do Direito dizer *quais são* ou *quais devem ser* os direitos fundamentais, mas elaborar os conceitos e as características estruturais presentes em alguns direitos, diferenciando-os dos demais. Igualmente, a definição teórica não abandona a positividade do Direito, ou seja, os direitos fundamentais devem ser previstos por normas jurídicas positivadas, da mesma forma que todos os direitos subjetivos (2001, p. 152). Ferrajoli desenvolveu sua concepção formal em seus primeiros artigos (*Derechos fundamentales* e *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho*). Após inúmeras críticas concebeu quatro critérios meta-éticos para justificar, no plano da filosofia do direito, os direitos fundamentais, quais sejam: *democracia, igualdad, protección del más fraco e paz*. Dessa forma, os direitos fundamentais funcionariam como meios para se alcançar esses valores. Nesse sentido, vide Ferrajoli, Luigi. *Derechos fundamentales; Los derechos fundamentales en la teoría del derecho; Los fundamentos de los derechos fundamentales*. In. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (Org.) Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001, p. 19-56; 287-382.

² Essas quatro bases representam as diferenças entre direitos patrimoniais (individuais) e direitos fundamentais (coletivos), independentemente do conteúdo, ou seja, são diferenças que prescindem do conteúdo das duas classes de direitos, abarcando apenas questões formais ou de estrutura. É o esforço de Ferrajoli em conceber formalmente os direitos fundamentais. É possível sustentar que esse esforço seja uma tentativa de fornecer, a partir da teoria do Direito, uma racionalidade formal, no sentido weberiano de calculabilidade e previsibilidade, à teoria dos direitos fundamentais. Nesse sentido, comunicação por mim apresentada no 10º Congresso Internacional de Direito Alternativo, sob o título de “*A racionalidade do Direito constitucionalizado: aproximações entre Weber e Ferrajoli*”.

a liberdade, a subsistência). Do mesmo modo, os direitos fundamentais são colocados fora do campo de disposição das majorias e do livre mercado. A forma universal, indisponível, constitucional e vertical dos direitos fundamentais, aparece como a técnica prevista para se tutelar tudo aquilo que no pacto constitucional é considerado “fundamental”. Os direitos fundamentais seriam direitos subjetivos³ atribuídos por normas de um determinado ordenamento, de forma universal a todos enquanto pessoas, cidadãos e capazes (FERRAJOLI, 2001, p. 35; 145).

A universalidade dos direitos fundamentais advém do sentido lógico de quantificação universal no tocante à classe de sujeitos titulares. Os direitos de propriedade são singulares no sentido de que para cada direito há um titular determinado com exclusão dos demais. Dessa forma, os direitos fundamentais são reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida (não há exclusão de exercício, pois se baseiam na igualdade jurídica). Já os direitos patrimoniais pertencem a cada sujeito, qualitativa e quantitativamente falando (há exclusão de exercício, pois se baseiam na desigualdade jurídica) (FERRAJOLI, 2001, p. 30-31).

Todos somos igualmente libres de manifestar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las detenciones arbitrarias, igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen e **igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación** (FERRAJOLI, 2001, p. 30).⁴ Grifo acrescentado

Os direitos fundamentais são *indisponíveis* (inalienáveis, invioláveis, intransigíveis). Os direitos patrimoniais, pela natureza de seu objeto (bens patrimoniais), são disponíveis, negociáveis e alienáveis; reflexamente, podem ser adquiridos e transferidos. Ademais, podem sofrer alterações e até extinguirem-se em virtude de seu exercício, pois os bens de propriedade podem ser consumidos, alienados, permutados, etc. Os direitos fundamentais, contrariamente, não são suscetíveis a transferências e jamais se extinguem mediante seu exercício. Não podem ser consumidos tampouco alienados (v.g. não é possível vender o direito à vida, à liberdade, os direitos políticos, etc.) (FERRAJOLI, 2001, p. 32).

A indisponibilidade dos direitos fundamentais reside no fato de que estão subtraídos tanto às decisões políticas como ao mercado. Tendo em vista sua *indisponibilidade ativa*, não podem ser alienados pelo seu titular; devido a sua

³ Segundo Ferrajoli, os direitos subjetivos representam expectativas positivas (prestação) e expectativas negativas (não sofrer lesões) (2001, p. 294).

⁴ “*Todos somos igualmente libres para expresar nuestro pensamiento, igualmente inmunes frente a las prisiones arbitrarias, igualmente autónomos para disponer de los bienes que nos pertenecen e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación*” (Tradução livre).

indisponibilidade passiva não podem ser expropriados ou limitados por outros sujeitos, incluindo o Estado.⁵ Se os direitos fundamentais pudessem ser alienados, deixariam de ser universais, ou seja, pertencentes a todos na mesma medida. Outrossim, redundaria na negação dos direitos, no triunfo da lei do mais forte e no regresso ao estado de natureza (FERRAJOLI, 2001, p. 32-33).

Por decorrência da indisponibilidade, os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos patrimoniais, tendo em vista possuírem como título imediato uma norma. Portanto, são atribuídos *ex lege* através de regras gerais de traço habitualmente constitucional. Já os direitos patrimoniais, possuem como título imediato os atos negociais ou as atuações singulares, tais como contratos, doações, testamentos, sentenças, decisões administrativas, etc., podendo ser adquiridos, modificados, transferidos e extintos. Assim sendo, os direitos patrimoniais seriam *predispuestos por normas* e os direitos fundamentais seriam as *próprias normas* (FERRAJOLI, 2001, p. 33; 34).

Os direitos fundamentais se caracterizam pela sua *verticalidade* e os direitos patrimoniais se caracterizam pela sua *horizontalidade*. As relações jurídicas patrimoniais são horizontais no sentido intersubjetivo civilista ou comercial e as relações jurídicas envolvendo direitos fundamentais são verticais, pois se caracterizam como relações de direito público, ou seja, o indivíduo frente ao Estado (FERRAJOLI, 2001, p. 34). No entanto, na relação envolvendo direitos fundamentais, a supremacia do interesse público é relativizada, pois o interesse do administrado se sobrepõe ao interesse do Estado (CADEMARTORI, 2003, 180-181).⁶

Ademais, na esfera patrimonial, temos proibições de não lesionar (direitos reais) e obrigações de dever (direitos pessoais ou de crédito). Já na seara dos direitos fundamentais, nomeadamente os de traço constitucional, encontramos proibições e obrigações a cargo do Estado, onde a violação gera a invalidade das

⁵ Quanto à possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, desde que respeitado o princípio da proporcionalidade, vide Alexy, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 3.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 267-330. Na esteira de Alexy, Barros, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

⁶ Consolidado o paradigma estatalista, o interesse público será sobreposto ao interesse privado. Com o fim do Antigo Regime, as novas circunstâncias históricas fazem com que os interesses privados sejam disciplinados visando o interesse público, que com o paradigma estatalista aparece de forma contraditória ao interesse particular. Dessa sobreposição surge o Direito Público regendo as relações entre cidadão e Estado, com predomínio do interesse público; e o Direito Privado, regendo as relações entre particulares em igualdade de interesses (HESPANHA, 1984, p. 29-30).

leis e atos normativos e a observância é condição de legitimidade dos poderes públicos (FERRAJOLI, 2001, p. 34-35).⁷

Ferrajoli oferece duas tipologias dos direitos fundamentais: *tipologia subjetiva* (referente aos sujeitos), *tipologia objetiva* (referente ao tipo de comportamento que compõe a norma).

A tipologia subjetiva é construída a partir de um critério *ratione personae* (pessoa, cidadão e capaz⁸) e dividida em quatro categorias de direitos: (i) *direitos humanos* - direitos primários das pessoas se referindo indistintamente a todos os seres humanos, independentemente da capacidade civil e da cidadania (v.g. direito à vida, à liberdade à saúde à educação e as garantias processuais); (ii) *direitos públicos* - direitos primários reconhecidos apenas aos cidadãos, independentemente da capacidade civil (v.g. direito a subsistência de quem é inábil ao trabalho, etc.); (iii) *direitos civis* - direitos secundários pertencentes a todas as pessoas com capacidade civil, independentemente da cidadania, ou seja, todos os direitos potestativos onde se manifesta a autonomia privada (v.g. liberdade contratual, liberdade de trocar de trabalho, direito de provocar a tutela jurisdicional, etc.); (iv) *direitos políticos* - direitos secundários pertencentes aos cidadãos capazes, ou seja, todos os direitos potestativos onde se manifesta a autonomia política (v.g. direito de votar e ser votado, direito de assumir cargos públicos, direito de ajuizar ação popular, etc.) (2001, p. 22-23).

Os *direitos humanos* e os *civis* seriam os *direitos da pessoa*; os *direitos públicos* e *políticos* seriam os *direitos dos cidadãos*. Os *direitos humanos* seriam *direitos primários das pessoas*, os *direitos civis* seriam *direitos secundários das pessoas*, os *direitos públicos* seriam *direitos primários dos cidadãos* e os *direitos políticos* seriam *direitos secundários dos cidadãos* (2001, p. 293).

Essa diferenciação entre *direitos primários* (substanciais e finais) e *secundários* (formais e instrumentais) pertence à *tipologia objetiva*. Os direitos primários abarcariam expectativas independentemente da capacidade civil. Fazem parte desse grupo os *direitos de liberdade* - direitos negativos, ou seja, imunidades ou expectativas de omissão, “liberdade de” (vida, liberdades pessoais, etc.), e “liberdade para” (imprensa, associação, greve, etc.) –, e os *direitos sociais* – direitos

⁷ No primeiro caso temos os direitos de liberdade (garantias secundárias) e no segundo os direitos sociais (garantias primárias) (FERRAJOLI, 2001, p. 23). O modelo garantista de legitimidade será discutido no próximo capítulo.

⁸ Capacidade civil.

positivos, ou seja, expectativas de ações (saúde, educação, etc.). Já os direitos secundários, abarcando expectativas e poderes (faculdade de realizar atos jurídicos, tais como voto, eleições, contratos, testamentos, etc.), dependem da capacidade civil e se subdividem em *direitos civis* (autonomia privada) e *direitos políticos* (autonomia política) (2001, 293-295).

Pois bem, feita essa análise dos direitos fundamentais na teoria garantista, doravante será feita a identificação dos direitos sociais à saúde e à educação como *interesses difusos*.

Os direitos sociais à saúde e à educação (direitos primários da pessoa), aparecem na teoria garantista como “direitos humanos”, ou seja, aqueles direitos atribuídos a uma universalidade de pessoas, independentemente do *status* de cidadão ou capaz. Nesse diapasão, os direitos fundamentais à saúde e à educação, a partir da teoria garantista, podem ser identificados com os direitos difusos definidos no artigo 81, parágrafo único, inciso I da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor - CDC), tendo em vista a natureza indivisível e a titularidade indeterminada (pertencem a todos enquanto pessoas):

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

É possível perceber do dispositivo legal transcrito acima, que o legislador elegeu como critério objetivo a *indivisibilidade do objeto* e como critério subjetivo a *indeterminação dos sujeitos titulares* e a ausência de relação jurídica base. A indivisibilidade do objeto deve ser entendida no sentido de que basta uma única ofensa para que todos os sujeitos envolvidos sejam atingidos. Ademais, a satisfação de um deles, tendo em vista uma tutela de natureza coletiva, pretende beneficiar a todos indiscriminadamente (WATANABE, 2004, p. 801-802).

No que tange ao critério subjetivo, o diferencial da categoria dos interesses difusos consiste na ausência de vínculo jurídico unindo os sujeitos. Do mesmo modo, muito embora a comunhão em torno de um mesmo interesse, não há a possibilidade de precisar seguramente quais pessoas estão a ele envolvidas, pois os sujeitos dos interesses difusos estão dispersos na sociedade. Ao contrário dos interesses coletivos onde a titularidade é *determinável* e dos interesses individuais homogêneos onde a titularidade é *determinada*, os titulares dos interesses difusos

são *indeterminados* (CUNHA, 1995, p. 229).⁹ Os interesses difusos apresentam uma conflituosidade ampla em função de sua característica de massa, sendo impossível sua decomposição em uma pessoa individualizada, impossibilitando feixes de interesses individuais (MANCUSO, 2005, p. 176).

A ausência de relação jurídica base impossibilita a determinação dos sujeitos titulares. No plano geral, sempre será possível encontrar um vínculo que une as pessoas (nacionalidade por exemplo), mas a relação jurídica base que interessa na determinação dos direitos enquanto difusos, coletivos ou individuais homogêneos é aquela da qual deriva o interesse tutelado, ou seja, o interesse que guarda relação mais imediata e próxima com a lesão ou ameaça de lesão (WATANABE, 2004, p. 804).

Combinando a tipologia de direitos fundamentais de Ferrajoli com as diferentes categorias de interesses previstas no ordenamento jurídico brasileiro (Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, parágrafo único), é possível concluir que os direitos humanos de saúde e educação têm maior proximidade com os interesses difusos.

No que tange ao aspecto subjetivo (indeterminação dos titulares e ausência de relação jurídica base), os direitos à saúde e a educação, por pertencerem a todas as pessoas independentemente da cidadania e da capacidade civil, não podem ter seus titulares individualizados pessoalmente (interesses individuais homogêneos) nem podem eles ser individualizáveis (interesses coletivos). Ademais, não se exige uma relação jurídica base, basta o fato de ser integrante da raça humana.

No que tange ao aspecto objetivo, os *bens jurídicos* (saúde e educação) são indivisíveis. Tendo em vista a característica estrutural da *universalidade*, os direitos a saúde e educação são atribuídos universalmente a todos enquanto pessoa. Essa atribuição universal implica na indivisibilidade do direito, no entanto, o exercício do direito pode ser individualizado. Dessa forma, os direitos fundamentais são

⁹ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

[...]

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos assim entendidos como decorrentes de origem comum.

reconhecidos a todos os seus titulares em igual forma e medida, não havendo exclusão de exercício, pois se baseiam na igualdade jurídica.

No entanto, entender que um cidadão não pode pleitear individualmente seu direito à saúde e à educação seria uma total incoerência, pois a natureza transindividual não redundaria em prejuízo ao direito subjetivo de ação, com fundamento em determinado direito conceituado como difuso. O direito ambiental, interesse difuso por excelência, bem pode ser invocado individualmente por um cidadão que se vê prejudicado pela poluição de um rio.

Da mesma forma ocorre com o direito à saúde e à educação, muito embora serem interesses difusos, nada obsta que um sujeito exercite seu direito subjetivo de ação pleiteando o fornecimento de remédios ou a matrícula em escola. Não é que não haja interesses individuais, mas a tutela dos direitos difusos, pela sua própria natureza, deve ser feita molecularmente, em benefício de todos os envolvidos (WATANABE, 2004, p. 83).

A transcendência do interesse (indivisibilidade do objeto) reside no fato de que se um cidadão está sendo prejudicado em seu direito (saúde, por exemplo) isso significa que o dano não é somente dele (dano individual), mas interessa a todo o sistema, ou seja, o direito à saúde, pela indivisibilidade de seu objeto, está sendo maculado. Uma criança sem escola representa um prejuízo ao direito social à educação e não apenas um dano individualizado.

Os direitos sociais possuem um caráter coletivo, dessa forma, muitas desigualdades são geradas quando do êxito de ações individuais, pois ainda é mantido o não cumprimento de direitos idênticos, mas que não foram pleiteados judicialmente por seus titulares. O direito é dado legitimamente ao demandante, mas do ponto de vista do sistema, a decisão judicial não atende de uma forma adequada. O manejo de ações individuais é legítimo, porém inadequado, pois é um instrumento processual tipicamente liberal-individual usado em uma matéria de cunho coletivo-social (direitos sociais). Por esse motivo é que o uso da Ação Civil Pública aparece como o veículo hábil para a efetivação dos direitos sociais à saúde e à educação.

Na prática, há uma dificuldade de distinção entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Sendo assim, a doutrina processualista tende a defender que a técnica mais segura é a definição a partir do objeto litigioso (pedido e causa de pedir). Sendo assim, para fins de tutela judicial, a unidade de análise deve

ser o que o autor da demanda coletiva traz para o processo por meio da causa de pedir e do pedido (WATANABE, 2004, p. 808-811).

Afirmar que os direitos ambientais são difusos ou que os do consumidor são coletivos ou individuais homogêneos não é uma afirmação certa nem errada, pois de um mesmo fato podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. Portanto, a pedra de toque para se definir os interesses é o tipo de tutela judicial requerida (WATANABE, 2004, p. 807-808).

Se o que expõe o autor da demanda coletiva como causa de pedir, no *aspecto ativo*, são os interesses ou direitos 'difusos' ou 'coletivos', cujas notas características são as acima ressaltadas, dentre as quais sobressaem a natureza transindividual e o caráter indivisível e, no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, e se formula ele o *pedido de tutela coletiva* desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas desses interesses ou direitos, 'indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato', em se tratando dos 'difusos', e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe 'ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base', em se cuidando dos 'coletivos' (WATANABE, 2004, p. 808).

No caso do controle judicial de políticas públicas feito por Ação Civil Pública, a causa de pedir e o pedido (formulação, reforço, readequação e anulação de política pública) reclamam uma tutela jurisdicional coletiva na proteção de interesses difusos, beneficiando pessoas indeterminadas.¹⁰

Sendo assim, é possível sustentar que a Ação Civil Pública é uma estratégia adequada de *exigência coletiva* dos direitos à saúde e à educação. As ações individuais não são ilegítimas, mas inadequadas para resolver um problema massificado. Sem entrar no mérito do caloroso debate processualista, a conclusão que se chega ao analisar os direitos fundamentais na teoria garantista é que os direitos à saúde e à educação devem ser transportados para o nosso ordenamento enquanto interesses difusos, tendo em vista a definição presente na Lei 8.078/90.

Uma vez caracterizados como interesses difusos, os direitos fundamentais à saúde e à educação podem ser tutelados por meio de Ação Civil Pública, seguindo o rito previsto na Lei 7.347/85.¹¹ A violação em massa desses direitos fundamentais exige um instrumento processual coletivo e a Ação Civil Pública presta-se adequadamente para este fim.

¹⁰ Muito embora o controle judicial de políticas públicas geralmente se circunscrever a um Município determinado ou a um Estado, a população envolvida é indeterminável, tendo em vista que os direitos à saúde e à educação pertencem à pessoa humana.

¹¹ Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

[...]

IV – a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

Para tanto, é necessário conceber um processo judicial que transcenda o modelo individualista de resolução de conflitos, que proporcione uma ampla participação da sociedade, que prime pela transparência e pelo diálogo e que cultive a interdisciplinariedade, observando-se as garantias processuais das partes. Nesse sentido encontra-se a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) na defesa de direitos difusos e como instrumento de controle de políticas públicas.

2.2. Uma abordagem sociológica da Ação Civil Pública e do Poder Judiciário

Nesse item serão analisados os seguintes temas: o paradigma coletivo de jurisdição, o acesso à justiça e a função política do Poder Judiciário.

Para um adequado controle judicial de políticas públicas, torna-se premente uma nova perspectiva processual que rompa com o paradigma liberal-individualista de jurisdição (BAPTISTA DA SILVA, 2004, *passim*) e conceba o processo judicial como um espaço público diferenciado de participação política.¹² Assim, há um alargamento do espaço político em função das decisões judiciais em sede de tutelas coletivas (CAMPILONGO, 1998, p. 118).

O problema teórico do acesso à justiça, no tocante às ações coletivas, atravessa dois paradigmas de resolução de conflitos.

O primeiro modelo é o privatista ou “solução proprietária”, consistindo no modelo tradicional, individualista e privatista, sob o fundamento de que aquele que possui o direito, ou seja, o titular, o proprietário, o credor, etc., pode agir em tutela de seu direito violado. É o modelo clássico do processo civil onde a legitimação para agir pertence ao titular do direito individual. Outro modelo tradicional, mas de orientação publicista, segue a mesma lógica do modelo privatista, mas o interesse em litígio é de natureza pública no sentido de pertencer ao Estado, legitimado a agir por meio de seus representantes (*v.g.* Procuradorias) (CAPPELLETTI, 1984, p. 173).

Com o advento da construção teórica dos interesses transindividuais (difusos e coletivos), esses modelos tradicionais de acesso à justiça se tornaram inadequados para a tutela desses interesses coletivos *latu sensu*.

¹² Dissertando sobre as tutelas coletivas, Grinover leciona que “é o dado político que altera o próprio conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos meta-individuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação, a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. [...] A tutela jurisdicional de situações não mais meramente individuais transforma-se na expressão de um modo de apropriação coletiva de bens comuns e, conseqüentemente, na manifestação de uma necessidade de participação, por intermédio da justiça” (1979, p. 30).

Assim, a inadequação da solução privatística, individualística, é clara. Se apenas estiver legitimado o proprietário a demandar em juízo, a tutela, a proteção, o remédio será normalmente inadequado, insuficiente. A outra solução tradicional, como dissemos, é a publicística, estatal. Aqui a investigação comparada demonstra que, igualmente, há inadequação, porque, de regra, a parte pública é representante de interesses do Estado (CAPPELLETTI, 1984, p. 175).

Esses direitos públicos coletivos – públicos não no sentido de pertencentes ao Estado - onde ninguém é o titular ao mesmo tempo em que todos o são, rompem com os modelos processuais tradicionais centrados na figura de um único sujeito proprietário, mostrando inadequado, para a sua proteção, o paradigma tradicional. Essa inadequação dos modelos tradicionais leva a uma concepção de novos mecanismos de acesso à justiça. As tutelas coletivas, nomeadamente a Ação Civil Pública, aparecem como as novas ferramentas processuais de um novo paradigma coletivo de jurisdição. Os principais pontos de alteração ocasionados por esse novo paradigma centram-se na *legitimidade para agir*¹³, na *coisa julgada*¹⁴ e nos *poderes do juiz* (CAPPELLETTI, 1997, p. 152).¹⁵

Coube ao direito processual civil a rediscussão de questões importantes, tais como as diferentes categorias de interesses, legitimidade das partes, coisa julgada, garantias processuais, etc., erguendo importantes colunas visando substituir o paradigma liberal-individual de jurisdição por um paradigma social (VIEIRA, 1989, p. 281). Inclusive, os maiores avanços ao estudo das políticas públicas, no ponto de vista jurídico, se encontram no campo processual (BUCCI, 2006, p. 32).

O modelo processual individualista surgiu como uma consequência natural necessária, concentrando no titular do direito material a legitimidade para provocar a tutela jurisdicional. O direito de ação e a coisa julgada foram concebidos como propriedade individual e privada circunscrita à pessoa do litigante (MACEDO JÚNIOR, 2005, p. 560).

Com o advento do modelo coletivo, os postulados básicos do modelo privatista serão colocados em causa. O *princípio dispositivo*, que deixava ao alvedrio

¹³ Nesse contexto aparece a figura do *autor ideológico*, ou seja, em razão da natureza dos interesses coletivos, o legitimado ativo é definido a partir da *adequada representatividade*. No caso brasileiro, temos os sindicatos, associações e organizações não governamentais (devendo guardar pertinência temática), bem como o Ministério Público, por força constitucional e legal.

¹⁴ É importante mencionar que o tema da coisa julgada nas ações coletivas não será objeto desse estudo, não por faltar-lhe importância, mas em razão do seu alto grau de complexidade, o que renderia, no mínimo, um capítulo à parte.

¹⁵ Nesse último ponto encontramos provimentos jurisdicionais de injunções de fazer e não fazer, dotados de técnicas de sanção no caso de descumprimento da decisão – multas cominatórias (CAPPELLETTI, 1997, p. 152).

do autor a definição da *lide*, será revisto. O *princípio da demanda* será mitigado autorizando medidas *ex officio* pelo juiz. O *princípio da isonomia processual* será relido a partir do conceito de parte hipossuficiente autorizando-se discriminações positivas visando à efetividade do acesso à justiça. O princípio processual de que *não é possível postular em nome próprio direito alheio* perderá sua força em razão da construção teórica do “autor ideológico”. O *princípio da autoridade limitada da coisa julgada* tomará outros contornos tendo em vista os interesses transindividuais em jogo, redefinindo os limites da coisa julgada (MACEDO JÚNIOR, 2005, p. 560).¹⁶

As ações coletivas, no Brasil, devem ser compreendidas a partir de três documentos normativos: Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública), Constituição da República de 1988 e Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). A partir dessas três “leis” foi construído um verdadeiro sistema processual de tutelas coletivas (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 207).

A lei da Ação Civil Pública, em seu texto original, circunscrevia seu objeto apenas à proteção ao meio ambiente, relações de consumo, patrimônio artístico, estético, histórico, paisagístico e turístico (*numerus clausulus*). Com o advento da Carta de 88, é inserida no ordenamento uma *cláusula de extensão* autorizando o uso da Ação Civil Pública para “outros interesses difusos e coletivos” (art. 129, III, CRFB). Posteriormente, a Lei 8.078/90 expandiu o leque de legitimação ativa, impulsionando o acesso à justiça, bem como trouxe dispositivos processuais que promoveram um importante salto dogmático para o sistema de tutelas coletivas no Brasil (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 207-208).¹⁷

O sistema de tutelas coletivas promove uma aproximação entre direito material e processual, visando instrumentalizar a proteção dos interesses transindividuais. Dessa forma, procura-se garantir os direitos objeto da Ação Civil Pública, oferecendo um meio processual adequado para viabilizar o direito

¹⁶ Artigos 103 e 104 do CDC.

¹⁷ A Lei 8.078/90 insere o inciso IV no artigo 1º da lei 7.347/85 (por força da Lei 10.257/01, foi renumerado como inciso V), bem como define legalmente as diferentes categorias de interesse e as peculiaridades da coisa julgada no processo coletivo. Ademais, por força do artigo 83 do CDC, foram admitidas todas as espécies de ação judicial (condenatória, constitutiva, declaratória, executiva, antecipatória, assecuratória, inibitória, cautelar e mandamental) visando à tutela dos interesses difusos e coletivos (GRINOVER, 1993, p. 251). As decisões mandamentais são de grande importância no controle judicial de políticas públicas, tendo em vista que é através da *ordem* em relação aos demais poderes públicos que o juiz atua sobre eles. Através das decisões mandamentais, a ordem judicial adquire, processualmente, efetividade e imediaticidade (FERREIRA, 1997, p. 572). Leciona Baptista da Silva que “a nota peculiar da sentença mandamental reside na circunstância de conter a respectiva demanda, de que ela é consequência, uma virtualidade especial, para por si só e independentemente de uma futura demanda, realizar transformações no mundo exterior, no mundo dos fatos” (2006, p. 68).

fundamental à jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB) (ALONSO JUNIOR, 2005, p.208). Ademais, conforme visto pela lição de Ricardo Guastini, um dos critérios para se aferir o grau de constitucionalização do ordenamento é a existência de meios processuais adequados à tutela jurisdicional dos direitos, nomeadamente os fundamentais. Nesse sentido, a Ação Civil Pública serve de importante amparo na constitucionalização do ordenamento pátrio (ALONSO JUNIOR, 2005, p.212).

Segundo Cappelletti, uma das barreiras ao acesso à justiça é a falta de instrumentos processuais hábeis para a proteção de interesses difusos e coletivos. Ocorre que, com a Ação Civil Pública, o ordenamento brasileiro possui um ferramental adequado e eficaz para romper essa barreira. O autor italiano indica algumas soluções práticas (“ondas”) para se resolver o problema do acesso à justiça. A primeira onda consiste na assistência judiciária aos pobres; a segunda onda, a representação dos interesses difusos; a terceira onda, o acesso à representação em juízo, ou seja, reformas nos procedimentos judiciais e no sistema judiciário visando uma melhor adequação ao direito material a partir, também, de uma concepção mais ampla de acesso à justiça (2002, p.26-28; 31-67).

No ordenamento jurídico pátrio, normativamente falando, o Ministério Público e a Defensoria Pública¹⁸ estariam fazendo às vezes da primeira onda e a Ação Civil Pública, aparelhada com o “autor ideológico”, responderia à segunda onda. Quanto à terceira onda, é possível sustentar que as Audiências Públicas poderão servir como um importante mecanismo para complementar a Ação Civil Pública, tendo em vista propiciar uma participação efetiva no processo, não apenas por meio do autor ideológico, ao se conceder a oportunidade de presenciar os debates e lançar posições a respeito da *lide*.¹⁹

No que tange à função política do Judiciário, com o advento do Estado social a postura do juiz foi alterada tendo em vista os direitos fundamentais positivados na Carta. A questão não é se o juiz deixa ou não de ser a mera “boca da lei”, mas sim que o juiz, ao aplicar a norma de notável conteúdo social ou político,²⁰

¹⁸ É importante registrar que nem todos os Estados possuem uma Defensoria Pública constituída, fazendo às vezes dessa função os escritórios de prática judiciária das faculdades de Direito e algumas ONG’s. Fica registrada a necessidade de se efetivar a norma constitucional que determina a criação da Defensoria Pública (art. 133 e 135 da CRFB).

¹⁹ Sobre as audiências públicas, vide item 2.5.

²⁰ Em uma leitura weberiana, é possível afirmar que os direitos fundamentais inserem, no ápice do ordenamento jurídico, conteúdos éticos, políticos, sociais e utilitários, redundando em um suporte de racionalidade material ao direito. Para Habermas, Max Weber vê no Estado social e em seus postulados éticos um déficit de racionalidade do Direito. O Estado social promoveria uma perda da racionalidade formal do Direito tendo em vista o nexo com

influencia radicalmente na esfera política. Desse modo, sua atividade outrora meramente privatista, adquire um conteúdo publicista e político, principalmente quando se indaga sobre a idoneidade dos meios para a consecução dos fins previstos na norma de regência (MANCUSO, 2001, p. 744). Esse novo atuar do Judiciário é marcadamente sentido quando a decisão é proferida em sede de tutelas coletivas.

Torna-se necessário compreender os reflexos do constitucionalismo do segundo pós-guerra, onde foi concebido um “*direito por princípios*”. Sendo assim, na medida em que inúmeros princípios de justiça foram positivados nas Constituições (a Carta brasileira é um exemplo), há uma troca estrutural no Direito e na jurisdição.²¹

Prieto, comparando o constitucionalismo liberal com o constitucionalismo social, aduz que as atuais Cartas não permitem construir uma rígida separação entre legislador e juiz, entre política e justiça. Para o autor, a partir de uma “Constituição de princípios”, não existem matérias imunes à apreciação judicial. Sendo assim, pode-se concluir que no atual modelo constitucional de princípios, o Judiciário é forçado a intervir, inclusive em matérias que antes eram tidas como políticas (1998, p. 115). As consequências da presença dos princípios nas Cartas contemporâneas repercutem no modelo político e jurídico, pois “*la presencia de principios implica una consecuencia sobresaliente, y es que fortalece la posición del juez, de todo juez y no solo do juez constitucional* (1998, p. 62)”.²²

Além de um *direito principiológico*, o outro fator que conduz ao protagonismo judicial é a ampliação sem precedentes do direito à jurisdição, eliminando os espaços que antes representavam “imunidades do poder”. Nenhum

a moral, confirmando as suspeitas de Weber sobre a abertura do Direito a orientações materiais controversas, cujo núcleo seria irracional. Ocorre que a construção discursiva de Habermas leva a crer que Weber via a racionalidade formal do Direito como um fenômeno positivo e como a base para uma verdadeira legitimidade, consequentemente, julgava a “desformalização” do Direito como um fenômeno valorativamente negativo. Essa leitura que Habermas faz de Weber parece equivocada. Weber não faz uma apologia da racionalidade formal, não é um defensor da dominação racional, não procura criar as bases de uma verdadeira legitimidade e não tem o objetivo de prescrever modelos ideais, mas apenas de descrever aspectos recorrentes da realidade. Também, a leitura de Habermas estaria em contradição com a concepção epistemológica weberiana, que rejeita qualquer juízo de valor na avaliação dos resultados obtidos na pesquisa científica. Portanto, por mais que Weber vislumbrasse que os postulados éticos do Estado social poderiam atingir a racionalidade do Direito, seria insustentável afirmar que ele enxergasse de forma negativa esse fenômeno. Sobre as tendências antiformais no desenvolvimento do Direito moderno, vide WEBER, Max. **Economia e Sociedad**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004, p. 142-153. Quanto à leitura habermasiana, vide HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

²¹ Nesse sentido vide ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, Derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.

²² “[...] a presença de princípios implica em uma consequência visível, e é o que fortalece a posição do juiz, de todo o juiz e não somente do juiz constitucional”. Tradução livre

negócio privado, lei, ato ou disposição administrativa estão imunes à fiscalização jurisdicional. Nesse sentido:

El mantenimiento de un sistema jurídico que se quiera coronado por una Constitución como la descrita tiene que pagar ese precio, un precio que supone confiar a los jueces la última palabra sobre la ley y, en general, sobre la legitimidad de toda norma o decisión (PRIETO, 1998, p. 43).²³

Para Frischeisen, a positivação dos direitos sociais conduz à “politização” do Judiciário (2002, p. 103).²⁴ Quanto à postura do Judiciário na garantia dos direitos sociais:

Da mesma forma que o Judiciário garante um direito individual ao julgar um habeas corpus ou um mandado de segurança, deve garantir a aplicação dos direitos sociais, ao julgar ações civis públicas que visem impor obrigações de fazer aos administradores, omissos na implementação das políticas públicas da ordem social fixadas na Constituição federal (FRISCHEISEN, 2000, p. 105).

A explosão de litigiosidade ocasionada pela sociedade pós-moderna, impulsionou a concepção da administração da justiça como uma instância política. Muitos cientistas políticos vislumbraram no Judiciário um sub-sistema capaz de influenciar o sistema político global. Provocado por meio de *inputs* externos caracterizados por estímulos, pressões e exigências sociais e políticas, o Judiciário produzia *outputs* por meio de decisões geradoras de importantes impactos nos outros subsistemas (SANTOS, 1998, p. 51).

Esta nova concepção da administração da justiça promoveu centralidade ao papel dos juízes, bem como desmentiu a idéia de um Judiciário neutro e eqüidistante das partes. Ademais, a formação do magistrado e seu recrutamento ganharam notoriedade. Em razão de conflitos cada vez mais complexos, os juizes são levados a aperfeiçoarem seus conhecimentos culturais, sociológicos, econômicos e filosóficos, bem como a tomar consciência do significado político de suas funções. Conforme Santos, tornou-se “*necessário aceitar os riscos de uma magistratura culturalmente esclarecida*” (1998, p. 59-60).

²³ “A manutenção de um sistema jurídico que se queira coroado por uma Constituição como a descrita tem que pagar esse preço, um preço que supõe confiar aos juízes a última palavra sobre a lei e, em geral, sobre a legitimidade de toda norma ou decisão” (Tradução livre).

²⁴ Muito embora existam relações entre a positivação dos direitos fundamentais e a “politização” do Poder Judiciário, torna-se necessário não confundir esses fenômenos e evitar reducionismos. O fenômeno da “judicialização da política” é muito complexo para reduzi-lo à mero efeito da “constitucionalização” de direitos fundamentais. Nesse sentido vide VIANNA, Luís Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Funções cada vez mais abrangentes, imprevistas e complexas, estão sendo cobradas do Judiciário e assumidas por ele. É muito importante que o Judiciário continue *“rompendo os rígidos limites da democracia representativa ao funcionar como um centro motivador dos direitos, contribuindo para a expansão da cidadania”* (CAMPILONGO, 1998, p. 119).

A função judicial deve ser concebida como um subsistema político. A atividade do Judiciário, tanto como a dos demais poderes, contribui para a produção de decisões coletivamente vinculantes, não apenas no controle concentrado de constitucionalidade, mas também por meio das ações coletivas. Há uma interdependência entre o Judiciário e o sistema político. A função judicial está sujeita às influências políticas, mas responde a essas influências na medida em que suas decisões repercutem no sistema político (CAMPILONGO, 1998, p. 115).

Sendo assim, com fundamento em Luhmann, Campilongo afirma que o Judiciário pode até *“compensar parcialmente o mau funcionamento do sistema político”* (1998, p. 116).²⁵ Os Tribunais deixam de ser o espaço exclusivo das demandas individuais e passam a se transformar na arena de diferentes reivindicações sociais, seja para o reconhecimento de novos direitos, seja para a efetivação dos já proclamados. Nesse sentido, o Judiciário aparece como o interlocutor adequado para os interesses coletivos *latu sensu*, tendo em vista que a Ação Civil Pública amplia o acesso à justiça e funda normativamente a dupla legitimação entre autor (legitimados ativos) e instância jurisdicional (CAMPILONGO, 1994, p. 117-118). Igualmente, por meio da Ação Civil Pública são “juridicizados” muitos conflitos sociais.²⁶

No modelo do Estado constitucional de Direito, o Judiciário possui uma função política imanente²⁷ tendo em vista dois fundamentos: o controle jurídico dos atos dos demais poderes e os direitos sociais (LOPES, 1998, p. 136). Os direitos fundamentais são as bases de sustentação do Estado constitucional; e os direitos

²⁵ Essa pesquisa trabalha justamente nessa perspectiva, pois o Judiciário, via Ação Civil Pública, compensa o mau funcionamento – ou o não funcionamento - do sistema político administrativo, a partir do controle judicial de políticas públicas. No entanto, da maneira que concebemos o controle judicial de políticas públicas, o Judiciário não figura como um centro formulador ou executor de políticas públicas. Ele coopera da formulação ou execução de uma política pública determinando que o poder competente (Executivo) cumpra com as finalidades e vínculos constitucionais.

²⁶ Frischeisen (2000, p. 129) traz à baila um interessante julgado onde a Ação Civil Pública foi utilizada para a conciliação de dois direitos fundamentais (direito de greve e direito ao transporte público, serviço público essencial) (TA/MG – AC – 3ª Câmara Cível. Publicação 12.12.1986. AP. 218.768-0. Rel. Desembargador Luiz Wander Marotta).

²⁷ Imanente no sentido de que a *“função política do Judiciário deriva de sua própria inserção no Estado”* (LOPES, 1998, p. 141).

sociais integram a pauta de cidadania que deve ser custodiada pelo Judiciário, pois a constitucionalização desses direitos convoca o Judiciário a trabalhar para torná-los eficazes. Nesse diapasão, “*Os tribunais ao decidirem sobre os direitos sociais decidem sobre os fundamentos da organização social*” (LOPES, 1998, p. 138-139).

Segundo Kelsen, a *função política* da Constituição consiste na fixação de limites jurídicos ao exercício do poder. A “garantia constitucional” - a cargo de um Tribunal independente e “neutro” - deveria ser a vigilância para que esses limites jurídicos não fossem ultrapassados (1999, p. 05). Dessa forma, o Judiciário executa uma *função política* na medida em que garante a Constituição, ou seja, vela para que os limites constitucionais não sejam transgredidos pelo exercício do poder.

É importante mencionar que Ferrajoli, ao lado dos *limites* - que para ele decorrem do Estado liberal - existem os *vínculos* decorrentes do Estado social. Portanto, transportando a leitura de Kelsen para o garantismo jurídico, o Judiciário exercita uma *função política* quando vela pelos *limites* e *vínculos* constitucionais impostos ao exercício do poder, ou seja, quando atua como garante dos direitos fundamentais.

Sobre o papel do Judiciário na teoria garantista:

De sorte que a possibilidade de realização do modelo garantista está apoiada numa cultura garantística, fundada no respeito aos *Direitos Fundamentais*, tendo como palco de batalhas a jurisdição, mormente Constitucional. A jurisdição passa a ser um lugar do contra-poder do modelo paleopositivista, buscando-se implementar a racionalidade garantista (ROSA, 2003, p. 81).

Na teoria garantista, em decorrência da dimensão substancial da democracia,²⁸ a jurisdição passa a ser uma instância de garantia frente às eventuais violações decorrentes dos poderes públicos e privados. A sujeição do juiz à Carta e seu papel de garante dos direitos fundamentais, formam as bases da legitimação do Judiciário. A legitimação do Judiciário não guarda nenhuma relação com a democracia política, pois não decorre da vontade da maioria, mas da *indisponibilidade* dos direitos fundamentais. Portanto, a jurisdição, no Estado constitucional, é eminentemente contramajoritária.²⁹

²⁸ A dimensão substancial da democracia é formada pelos direitos liberais e sociais. Para melhor compreensão desse conceito na teoria garantista vide item 3.5.

²⁹ O cerne das teses contramajoritárias encontra-se na idéia de que algumas matérias são indisponíveis às decisões políticas (maiorias). Constant sintetiza o sistema contramajoritário da seguinte forma: “*La soberanía del pueblo no es ilimitada; está circunscrita a los límites que le señalan la justicia y los derechos de los individuos. La voluntad de todo un pueblo no puede hacer justo lo que es injusto. Los representantes de una nación no tienen el derecho de hacer lo que no tiene el derecho de hacer la nación misma*” (1998, p. 11). Mesmo na Antiguidade é possível detectar argumentos no sentido de que a vontade popular não pode derrogar a justiça. No diálogo

Pela característica contramajoritária dos direitos fundamentais, a jurisdição, ao garantir esses direitos, também passa a ser contramajoritária. A garantia dos direitos fundamentais requer um juiz independente dos demais poderes públicos, pois a separação e a independência do Judiciário frente ao Legislativo e ao Executivo garante o caráter tendencialmente cognoscitivo da jurisdição, onde a validade das sentenças não é aferida pela compatibilidade com uma maioria política, mas pela comprovação dos supostos de fato e de direito. A independência dos juízes frente aos atores políticos é a principal garantia da imparcialidade.³⁰

2.3. Ação Civil Pública e políticas públicas

Com o passar dos anos, o objeto de tutela da Ação Civil Pública vem se expandindo, inclusive na seara dos direitos fundamentais sociais.³¹

No campo dos direitos sociais (art. 6º e ss), sua utilização é adequada, quando, por exemplo, exista desvio de verbas da saúde, desrespeito aos direitos difusos ou coletivos dos trabalhadores, da criança ou adolescente, investimentos públicos frontalmente contrários ao interesse do povo, dentre outros (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 209).

Para Maria Dallari Bucci, *“as ações coletivas são o meio, por excelência, de solução de conflitos envolvendo os direitos sistematizados por políticas públicas”* (2006, p. 31). Cada vez mais a Ação Civil Pública é utilizada no controle de políticas

Crítón, Sócrates deixa claro que a justiça jamais deveria ser feita, ainda que em resposta a outra injustiça e mesmo que todo o povo assim o queira.

³⁰ O afastamento institucional do Judiciário é fundamental para o equilíbrio entre os poderes. Os juizes não possuem a espada, mas apenas o juízo, ou seja, o Judiciário é o poder mais frágil dentre os três, ele, por si, não apresenta perigo à liberdade. No entanto, existe um grande perigo quanto à funcionalização do Judiciário pelos demais poderes. Para Hamilton, o Judiciário é o poder que menos ameaça os demais, portanto, deve possuir melhores meios de autodefesa (HAMILTON, 1993, p. 479). Nesse sentido: *“Pode-se dizer que não tem, estritamente, força nem vontade, mas tão somente julgamento, estando em última instância na dependência do auxílio do braço executivo até para a eficácia de seus julgamentos. [...] o judiciário é incomparavelmente mais fraco que os dois outros poderes; que jamais pode atacar com sucesso qualquer dos dois; e que todo o cuidado possível é necessário para capacitá-lo a se defender contra os ataques dos outros. [...] a liberdade nada tem a temer do judiciário isoladamente, mas tem tudo a temer de sua união com qualquer dos outros poderes; [...] o judiciário está continuamente exposto a ser dominado, acuado ou influenciado pelos poderes coordenados; [...]”* (HAMILTON, 1993, p. 480). Muito embora se possa afirmar que nos últimos anos o Judiciário se fortaleceu politicamente, principalmente com os Tribunais constitucionais, afirmar que a função judicial figura como um agente de exceção, no sentido lecionado por Giorgio Agamben, demonstra uma incompreensão na mecânica dos poderes - eu inclusive já incorri nesse erro - tendo em vista que o Judiciário não pode agir de ofício, tampouco detém um aparato coativo próprio para fazer cumprir suas decisões. Acusar o Judiciário como o espaço da micro-exceção é encobrir os poderes cada vez mais excepcionais do Executivo (v.g. medidas provisórias). Em recente pesquisa sobre o Judiciário, constatou-se a baixa independência do STF frente ao Executivo e ao mercado, tal constatação reforça a tese de que não é o Judiciário, por si, um agente de exceção, mas sim a sua funcionalização pelo Executivo e o mercado. Nesse sentido, vide SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 49-52; AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I**. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004. COSTA, Maurício Mesurini da. *“El derecho ductil. Ley, derechos y justicia”*. Resenha. In. **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Vol. 11, n. 2. Jul-Dez 2006. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

³¹ Outro importante avanço no objeto da Ação Civil Pública é o controle difuso de constitucionalidade das leis e atos normativos. Nesse sentido ver MENDES, Gilmar. *Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade*. In. **Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios**. (Org) Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005, p. 195-206.

públicas, não apenas na sua legalidade e adequação técnica, mas sobretudo na sua constitucionalidade. Muitos avanços foram colhidos nas áreas da saúde, infância e juventude, educação, urbanização e meio ambiente. O traço inovador dessa modalidade de controle (além de novas releituras dos argumentos da discricionariedade administrativa, da separação dos poderes e da reserva do possível) consiste na modalidade da tutela judicial. A tradicional sentença de reparação de danos sob o fundamento da responsabilidade civil do Estado ou de anulação de atos administrativos, abre espaço para decisões impondo uma conduta ativa ao poder público, com fundamento em normas constitucionais e mediante sanção em caso de descumprimento (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 212).

A ampliação do objeto da Ação Civil Pública em direção à tutela dos direitos fundamentais está levando ao espaço público judicial debates sociais e políticos sem precedentes. No que tange à garantia dos direitos, a partir da Ação Civil Pública *“será possível implementar direitos fundamentais passíveis de efetivação, e que, inexplicavelmente e de forma injustificada, são negados ao corpo social”* (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 219). Em razão de seu amplo objeto, a Ação Civil Pública é uma importante ferramenta a serviço do artigo 3º da Constituição brasileira.

As ações coletivas potencializaram a interferência do Judiciário em temas que antes eram de exclusividade dos espaços políticos por excelência (Legislativo e Executivo). A utilização da Ação Civil Pública no controle de políticas públicas não é apenas legítima, mas sobretudo necessária à democracia. A ampla participação que a Ação Civil Pública pode proporcionar, ao agregar os legitimados ativos e a comunidade envolvida, fomenta um espaço de democracia participativa voltado a uma melhor gestão da coisa pública (MANCUSO, 2001, p. 750).

Quanto ao uso da Ação Civil Pública no controle de políticas públicas, a função do juiz não é substituir o legislador ou o administrador público, mas interpretar a norma constitucional, ou seja, influenciar na formação da vontade estatal e de suas políticas, fiscalizando as despesas e empenhos realizados em setores fundamentais da sociedade. É um instrumento processual que “juridiciza” as demandas coletivas pela implementação de direitos sociais (FRISCHEISEN, 2000, p. 103; 127).

[...] a ação civil pública passa a viabilizar a *participação social* na formação e execução da vontade do Estado. Em outras palavras. O esforço estatal de suprimento das necessidades básicas será acompanhado e se não existir, for retórico ou pessimamente planejado ou executado, ensejará a utilização da ação civil pública (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 215).

Há uma umbilical relação entre a tutela coletiva e os direitos sociais, sendo assim, a Ação Civil Pública aparece como uma ferramenta processual privilegiada na proteção de interesses coletivos em sentido amplo e como um imperativo de racionalização do processo civil, tendo em vista uma sociedade de massa. No entanto, a função da Ação Civil Pública não é apenas patrimonialista (proteção de interesses dos consumidores, etc.), mas adquire uma natureza política de grande relevo ao possibilitar a expansão dos espaços de debate público sobre o tema da justiça social, quando instrumentaliza o controle de políticas públicas a partir de princípios gerais de direito, nomeadamente os de natureza constitucional. Nesse sentido:

Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão de políticas públicas e que, em grande medida, o meio de sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais de direito. Significa que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais (MACEDO JÚNIOR, 2005, p. 565).

Convém mencionar a plena viabilidade instrumental da Ação Civil Pública no controle das políticas públicas, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido quando a política pública envolve interesses coletivos *latu sensu*, nomeadamente no caso de políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais sociais.³²

A Ação Civil Pública cada vez mais vem se convertendo em um instrumento em prol da efetivação dos direitos fundamentais. Inclusive, a partir do artigo 5º, XXXV da Constituição brasileira, se pode afirmar que a própria Ação Civil Pública se apresenta como um direito fundamental.³³ Nesse sentido:

[...] o cidadão, ao desfrutar de instrumentos jurídico-processuais possibilitadores de uma influência directa no exercício das decisões dos poderes públicos que afectam ou podem afectar os seus direitos, garante a si mesmo um espaço de real liberdade e de efectiva autodeterminação no desenvolvimento da sua personalidade.³⁴

Portanto, é possível concluir pela legitimidade e a plena viabilidade do manejo da Ação Civil Pública no controle judicial de políticas públicas.³⁵ A Ação Civil

³² GASTALDI, Suzana. **A implantação de políticas públicas como objeto juridicamente possível da ação civil pública**. In. < http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=124>, acesso em 21.06.2007.

³³ ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário**. In. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=2>>, acesso em 21.06.2007.

³⁴ CANOTILHO, apud ARENHART, Sergio Cruz. Idem.

³⁵ Uma importante questão se mostra quanto ao manejo de liminares ou antecipações de tutela no controle judicial de políticas públicas. É difícil afirmar ou negar o uso desses dispositivos processuais, sendo assim, o cabimento dessas medidas de urgência, principalmente quando satisfativas, deverá levar em conta as

Pública é um importante mecanismo processual - podendo inclusive ser concebida como uma garantia (“remédio constitucional”) dos direitos sociais – incluindo os direitos fundamentais no cenário judicial, principalmente pela tutela coletiva desses direitos (BUCCI, 2006, p. 33).

2.4. O controle judicial de políticas públicas e o Ministério Público

É de extrema relevância uma reflexão sobre o Ministério Público e seu potencial como legitimado ativo no ajuizamento de ações civis públicas em defesa dos direitos fundamentais. Segundo Maria Dallari Bucci, o Ministério Público é a instituição que tem a experiência mais consolidada no campo do controle judicial de políticas públicas, principalmente em razão do uso constante de ações civis públicas, inquéritos civis e termos de ajustamento de conduta. Para a autora, o manejo de ações civis públicas, pelo Ministério Público e na tutela de direitos sociais, “*tem gerado um novo patamar jurídico de cidadania no Brasil*” (2006, p. 32; 33).

Muito embora a ampla legitimação na defesa dos interesses metaindividuais (cidadão, associações, órgãos públicos, entes políticos), a *praxis* judicial nos mostra que o Ministério Público é o legitimado que mais faz uso das ações civis públicas, principalmente no tocante à proteção e implementação dos direitos fundamentais. A quase totalidade das demandas de controle judicial de políticas públicas por meio de Ação Civil Pública tem como autor o Ministério Público. Isso não é por acaso, o Ministério Público possui legitimidade para a interposição de ações coletivas a partir de três fundamentos: constitucional, legal e institucional.³⁶

O fundamento constitucional é encontrado no artigo 129, III da CRFB:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Como fundamento legal, é possível encontrar a Lei 7.347/85 (art. 5º), a Lei do Ministério Público da União (LC 75/93, art. 6º, VII, d) e a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93, art. 25, IV, a), respectivamente:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público; [...]

particularidades do caso, sempre se ponderando os pressupostos fáticos da decisão. Pior do que a denegação do pedido ou a não decisão, é ter nas mãos uma decisão sem eficácia, no jargão jurídico, “ganhar e não levar”.

³⁶ O Ministério Público brasileiro é organizado da seguinte forma (art. 128, CRFB): a) *Ministério Público da União* abrangendo o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério Público Militar e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; b) *Ministério Público dos Estados*.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. [...]

§ 5.º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União: [...]

VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para: [...]

d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Art. 25. Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: [...]

IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:

a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Quanto à legitimidade institucional, o Ministério Público é considerado uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional, cabendo a ele a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CRFB; art. 1º, *caput*, Lei 83625/93). Outrossim, compete ao Ministério Público tomar as medidas necessárias para garantir que os poderes públicos respeitem os direitos assegurados na Constituição (art. 2º, LC 75/93).

O Ministério Público possui ampla legitimidade, constitucional e legal, para atuar na defesa dos direitos sociais, tanto judicialmente como extrajudicialmente. Dessa forma, o Ministério Público pode atuar em face de todo e qualquer ato comissivo ou omissivo, decorrente do legislador ou do administrador público, que atente contra esses direitos. Inclusive, a atuação do Ministério Público nessa seara é um imperativo de acesso à justiça, pois *“A atuação do Ministério Público na defesa dos interesses e dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos representa para muitos cidadãos o efetivo exercício do direito de acesso à justiça”* (FRISCHEISEN, 2000, p. 149). Em regra, os instrumentos processuais mais utilizados pelo Ministério Público são: a Ação Civil Pública e o inquérito civil público. Quanto ao controle judicial de políticas públicas, além da Ação Civil Pública, o Ministério Público conta com o *compromisso de ajuste de conduta* e as *Recomendações*.³⁷

³⁷ O *compromisso de ajuste de conduta* (Lei 7.347/85, art. 5º, §6º) tem como objetivo adequar, em conformidade com a Constituição e a lei, a atuação de órgãos públicos e privados. Quanto ao controle de políticas públicas, *“a realização do compromisso de ajuste de conduta, permite a negociação no âmbito da discricionariedade da Administração e a conciliação de interesses dos diversos entes envolvidos na implantação das políticas públicas da ordem social constitucional”* (FRISCHEISEN, 2000, p. 150). A *Recomendação* (LC 75/93, art. 6º, inciso XX; Lei 8.625/93, art. 80) procura prevenir responsabilidades da Administração e informá-la sobre as eventuais

Especificamente no controle judicial de políticas públicas - controle da administração pública em seu ponto central (decisão administrativa) - o Ministério Público se apresenta como um autor legitimado e adequado, tendo em vista seu princípio institucional de *independência funcional*,³⁸ bem como em razão das suas garantias funcionais.

Os princípios institucionais do Ministério Público lhe asseguram autonomia administrativa na criação e extinção de seus cargos e autonomia na política de remuneração e nos planos de carreira. Também, cabe ao próprio Ministério Público elaborar sua proposta orçamentária (art. 127, § 2º e §3º CRFB). Em sua essência, as atribuições do Ministério Público são de natureza executiva, sendo assim, ele não pode ser concebido como um quarto poder. O Ministério Público é uma instituição vinculada ao Poder Executivo, porém, é funcionalmente independente por força constitucional, seu membros são considerados agentes políticos devendo atuar com plena liberdade funcional a partir de prerrogativas e responsabilidades específicas ao cargo (SILVA, 2001, p. 585).

As garantias do Ministério Público são: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (art. 128, inciso I, CRFB). Essas garantias não são privilégios, mas prerrogativas para o adequado e seguro exercício da função. Enquanto agentes políticos fundamentais ao Estado Democrático de Direito, os membros do Ministério Público necessitam de ampla liberdade funcional e de um aparato normativo para possibilitar essa liberdade. Sendo assim, as garantias funcionais possibilitam o exercício da função do Ministério Público.³⁹ Outrossim, as vedações impostas ao Ministério Público são de grande relevo para se afirmar uma

posturas que o Ministério Público poderá tomar (Ação Civil Pública e inquérito civil). Ela é um meio que procura evitar a Ação Civil Pública, devendo ser esta a *ultima ratio*. Quanto ao seu uso no controle de políticas públicas, adverte-se e previne-se “a Administração sobre suas responsabilidades, permitindo a incorporação de novas linhas de planejamento nas políticas públicas, que auxiliam no efetivo exercício dos direitos sociais assegurados na Constituição” (FRISCHEISEN, 2000, p. 150).

³⁸ Os princípios institucionais do Ministério Público são: a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. Quanto aos dois primeiros, Marques leciona que “em virtude da organização federativa, pode-se dizer que há um parquet em cada Estado, além do que constitui o Ministério Público Federal e dos que funcionam junto à jurisdições especiais. Dentro de cada parquet existe a unidade e indivisibilidade que estruturam a instituição como um corpo hierarquizado. De parquet para parquet, há apenas unidade funcional sob a base da lei, pois na aplicação do direito existem laços de coordenação e igualdade” (apud, SILVA, 2001, p. 587-588).

³⁹ A história brasileira, infelizmente, é muito rica em exemplos de total falta de efetividade do exercício da função de magistrado ou membro do Ministério Público, tendo em vista a ausência de prerrogativas funcionais. Não são poucos os registros históricos de retaliações no sentido de demissões compulsórias, transferências e reduções de subsídios motivadas por questões político-partidárias. Nesse sentido ver KOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania. Na constituição da República brasileira**. São Paulo: Hucitec/USP, 1998.

instituição verdadeiramente independente frente aos poderes públicos (SILVA, 2001, p. 588).⁴⁰

O controle judicial de políticas públicas é uma modalidade de controle da administração pública que inevitavelmente gera grandes implicações e indisposições políticas. O autor da demanda judicial deve, necessariamente, gozar de prerrogativas possibilitando faticamente este controle. Em razão dos princípios institucionais, das garantias e das vedações funcionais, o Ministério Público se apresenta como o autor mais adequado para o ajuizamento de Ação Civil Pública visando o controle de políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais sociais.

2.5. Audiência pública judicial

O controle judicial de políticas públicas, nos moldes aqui propostos, busca um ativismo judicial progressista comprometido com a democracia substancial,⁴¹ contudo sem abandonar o espaço político privilegiado dos regimes democráticos (Executivo e Legislativo). É preciso conceber um modelo de democracia que transcenda ao princípio democrático centrado no Executivo e Legislativo (sem abandoná-lo) e busque meios diferenciados de participação nas decisões do Estado. Portanto, uma complementação ou um ponto de trégua entre constitucionalismo e democracia representativa. Portanto, avançar de tal forma que a democracia, em sua essência, não seja ferida. Nesse sentido, disserta Souza que *“O ambiente democrático, portanto, pressupõe a interação entre órgãos político-representativos, constitucionalismo, ação da sociedade civil e da esfera pública, enfim, uma ampliação dos foros públicos de participação que proporcione a realização dos direitos”* (2005, p. 145).

Nesse desiderato, as audiências públicas judiciais se mostram como espaços abertos de diálogo onde amplos setores da sociedade civil podem ser

⁴⁰ Art. 128, §5º, inciso II, CRFB:

II - as seguintes vedações:

- a) receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;
- b) exercer a advocacia;
- c) participar de sociedade comercial, na forma da lei;
- d) exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- e) exercer atividade político-partidária;
- f) receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

⁴¹ O ativismo judicial progressista é aquele comprometido com uma Constituição democrática. Nesse sentido, vide UPRIMNY, Rodrigo; GARCIA-VILLEGAS, Mauricio. In. **Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa**. (Org) Boaventura de Souza Santos. Vol.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

ouvidos.⁴² O comparecimento voluntário dos cidadãos e instituições sociais nessas audiências públicas não demonstra um compromisso com o juiz, mas com a comunidade, com a sociedade e com a democracia.⁴³

Através desse modelo processual, que não demanda reformas legais,⁴⁴ mas apenas vontade, no âmbito do controle judicial de políticas públicas pode o

⁴² Lei 9.868/99, artigo 9º, parágrafo 1º: “Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou notória insuficiência das informações existentes nos autos poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, **ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria**”. Grifo nosso (<http://www.planalto.gov.br>, acesso em 17.04.2007).

⁴³ No dia 06.09.06 foi realizada na Justiça Federal da Subseção de Florianópolis uma audiência pública referente a questões ambientais e urbanísticas relativas a um shopping center construído na cidade. Houve uma relevante participação popular, associações de bairros, universidades, técnicos e populares foram ouvidos democraticamente e puderam expor seus posicionamentos acerca do empreendimento imobiliário. Houve uma ampla participação primando por um debate técnico e político, sem qualquer conotação partidária, respeitados todos os princípios processuais (Ação Civil Pública 2006.72.0000.2927-8). Outrossim, no dia 20.04.2007 foi realizada no STF uma audiência pública com o objetivo de reunir informações científicas para julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510. A ação foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR) contra dispositivos da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). O Ministro Relator da ação Carlos Brito, no programa Fórum exibido no dia 16.04.2007 na TV Justiça, disse que “A Lei 9.868/99 [Lei das ADIs] possibilita esse tipo de convocação diante de um tema tão complexo, tecnicamente, quanto relevante, social e politicamente”. Para ele, a audiência pública é um mecanismo da chamada democracia direta, pela qual o povo, por meio de um segmento da sociedade civil, contribui para que o Estado profira uma decisão. “Significa tirar o povo da platéia e colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito. O povo deixando de ser passivo expectador para ser um ativo condutor do seu próprio destino”. O ministro afirmou que a realização da audiência tem a finalidade de consultar especialistas visando colher dados que serão utilizados pelos ministros no julgamento. Para Carlos Brito, “aí sim, a nossa decisão de mérito, rigorosamente jurídica, será tomada com maior conhecimento de causa”. Carlos Ayres Britto informou que após a realização da audiência serão recolhidas as notas taquigráficas e as filmagens com o objetivo de que as informações sejam sintetizadas e encaminhadas para os ministros do Supremo. A idéia é que o material possa ajudar os ministros quando o mérito da causa for analisado pelo Plenário do STF, a fim de que possam decidir com mais facilidade, com base em um maior teor de informação sob os ângulos da bioética, da medicina, da pesquisa científica, da filosofia e da religião. No mesmo programa de TV, Rodrigo Collaço presidente da AMB, mencionou que a iniciativa do STF “É chamar a sociedade para discutir uma questão que envolve não só conceitos jurídicos, mas conceitos religiosos, filosóficos. A maior lição é mostrar para o cidadão brasileiro como é que se constroem as decisões judiciais”. Para ele, a audiência pública funcionaria como um fator de aproximação e promoverá o conhecimento do Judiciário. O professor de Bioética da Universidade de Brasília (UnB), Volnei Garrafa, considerou como “extremamente democrática” a iniciativa do Supremo em fazer uma audiência pública. “Eu acho a audiência muito necessária e saudável para que a discussão seja aberta para todo o país, informando a sociedade brasileira sobre essa questão”. Carlos Ayres Britto decidiu fazer a audiência, que será a primeira audiência pública do STF, por entender que “a audiência pública, além de subsidiar os ministros deste STF, também possibilitará uma maior participação da sociedade civil no enfrentamento da controvérsia constitucional, o que certamente legitimará ainda mais a decisão a ser tomada pelo Plenário da Corte”. Para tanto foram convidados 17 especialistas (além daqueles arrolados pelo PGR, que comparecerão independentemente da expedição de convites) que deverão esclarecer aspectos sobre a matéria questionada nos autos para os Ministros do STF, para o Procurador Geral da República e para os *amici curiae*. O Ministro informou que apesar de haver previsão legal para a realização da audiência (parágrafo 1º, do artigo 9º, da Lei 9868/99), não há no âmbito do STF norma regimental dispondo sobre o procedimento. Desta forma, o Ministro decidiu adotar os parâmetros do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, do qual constam dispositivos que tratam especificamente de audiências públicas (artigos 255 até 258 do RICD). Ayres Britto irá presidir os trabalhos da audiência que, segundo ele, será uma audiência coletiva, “prestigiada pela própria Constituição Federal em mais de uma passagem, como no inciso II, do parágrafo 2º, do artigo 58, que prevê a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil”. (Fonte: Sistema Push de notícias, 23.03.2007 e 17.04.2007, push.noticias@stf.gov.br, Supremo Tribunal Federal).

⁴⁴ A hipótese de audiências públicas judiciais foi inserida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 9.868/99 que disciplina a ADPF. A utilização das audiências públicas não é incompatível com a natureza e os propósitos da Ação Civil Pública, não havendo nada que obste seu manejo. No entanto, a obrigatoriedade da audiência pública na Ação Civil Pública necessita de modificações legais. Sendo assim, o transporte do procedimento da audiência pública fica a critério do julgador. Ocorre que a proposta desse trabalho incentiva a necessidade dessas

magistrado ter contato com diferentes argumentos sobre o objeto da *lide* (argumentos jurídicos, políticos, técnicos, morais e afetivos),⁴⁵ uma maior proximidade com as pessoas envolvidas e melhor análise dos dados técnicos. Do mesmo modo, o controle judicial de políticas públicas inevitavelmente adentra em questões relativas às finanças públicas. Esse modelo de processo aberto e democrático serve para promover uma maior publicidade e transparência no manejo da coisa pública, pois as contas públicas serão expostas.⁴⁶

Partindo do pressuposto que o Judiciário pertence a uma estrutura de poder de um Estado democrático, a *visibilidade* e a *controlabilidade* se tornam condições de possibilidade do espaço público judicial. Na democracia os poderes precisam ser visíveis, a democracia é o “*governo do poder público em público*”, no sentido de visibilidade (BOBBIO, 2004, p. 98).

Para Habermas, na democracia é necessária a publicidade dos debates, tanto políticos como judiciários. Assim sendo, os atos do poder, sobretudo os decisórios, devem ser ofertados ao cidadão, ou seja, devem ser visíveis, cognoscíveis e acessíveis, possibilitando uma controlabilidade do poder (HABERMAS, apud BOBBIO, 2004, p. 102-103).

Diante dessa necessidade de visibilidade e controlabilidade do poder em um Estado democrático e partindo da premissa que o Judiciário é parte da estrutura do poder estatal, a audiência pública serve não apenas como um suporte para o julgamento em razão de trazer à baila argumentos (*topoi*) de diferentes conteúdos, mas se presta como um procedimento que torna visível o espaço público judicial, portanto, controlável.

Guardadas as devidas proporções, também é possível uma análise das audiências públicas judiciais a partir do pensamento de Peter Häberle. Häberle procura ampliar o círculo de interpretes da Constituição tendo em vista as exigências

audiências quando do controle de políticas públicas, diante disso, seria aconselhável uma alteração da Lei 7.347/85.

⁴⁵ É incompleta uma razão que existe sem nenhuma ligação com o sentimento, assim, a inexistência do sentimento pode vir a comprometer a racionalidade (DAMÁSIO, apud PRADO, 2005, p. 163). Domenico de Masi, analisando a cultura pós-industrial, conclui que a criatividade é fruto do equilíbrio entre razão e emoção (apud PRADO, 2005, p. 136). Cada vez mais surgem análises sobre a valorização da emoção, junto com o pensamento, nas decisões judiciais. Nesse sentido: “*A sentença judicial, embora baseada no conhecimento jurídico, constitui uma decisão como outra qualquer. Por isso, como ocorre em outras áreas do saber, lentamente começa a se notar no Direito a valorização da emoção no ato de decidir, sem ser desconsiderada a racionalidade*” (PRADO, 2005, p. 137).

⁴⁶ Nesse ponto é interessante refletir sobre o papel do Tribunal de Contas, que tem como objetivo uma análise financeira das contas públicas, mas sua função é de cunho político e não no sentido de busca da eficácia constitucional dos direitos sociais. Sobre a função do Tribunal de Contas da União, vide LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A judicialização da política no Brasil e o TCU**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

de uma sociedade plural e aberta, concebendo um processo judicial que faça parte do direito de participação política – uma teoria da interpretação constitucional influenciada pela teoria da democracia – convidando aqueles que “*vivem a Constituição*” (1997, p. 11-18).

O juiz interpreta a Constituição na esfera pública e na realidade, sendo assim, as influências do mundo da vida no espaço público judicial também possuem um potencial legitimador, inclusive minorando a discricionariedade na interpretação judicial (HÄBERLE, 1997, p. 31-32). Conforme Luhmann, a legitimação pressupõe uma participação material no procedimento, ou seja, a participação enquanto influencia qualitativa e de conteúdo sobre a decisão, “*não se trata de um ‘aprendizado’ dos participantes, mas de um ‘aprendizado’ por parte dos Tribunais em face dos diversos participantes*” (apud HÄBERLE, 1997, p. 31-32).

Os interpretes não formais da Constituição⁴⁷ participam do círculo aberto de interpretação na medida em que podem trazer seus argumentos ao espaço público judicial, fornecendo subsídios para o processo. Dessa maneira, exercem forte influência na tomada de decisão. A abertura do processo de interpretação é impulsionada não apenas pela sociedade pluralista, mas também pela limitação da ciência jurídica em compreender as informações, os dados, as categorias, etc., de outras ciências.

A audiência pública judicial pode servir como uma oportunidade de se trazer ao debate muitos argumentos que deixam de ser levantados por diversos motivos, não raras vezes por falta de interesse das partes processuais que não querem que determinados fatos ou argumentos venham à tona. Assim, esse modelo aberto de audiência pode fornecer subsídios para a pré e pós-compreensão da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 42).

As audiências públicas albergam o maior número de interpretes não formais, ou seja, todos aqueles que não fazem parte do *triângulo processual*. Conforme Häberle, a abertura interpretativa da Constituição faz com que o juiz possa entrar em contato com as necessidades, com a realidade e com as possibilidades da sociedade que constam do texto constitucional, que o antecede e que o subjazem (1997, p. 43).

⁴⁷ Nesse sentido, vide catálogo sistemático formulado por Häberle (1997, p. 20-23). Para o autor, é impossível um *numerus clausus* de interpretes, no entanto há uma intensa vinculação dos órgãos estatais, das potências públicas e de parcelas da sociedade civil.

É possível sustentar, portanto, que a audiência pública judicial é o fruto do casamento entre teoria da constituição e teoria da democracia.⁴⁸ A abertura do círculo de interpretes faz com que o direito processual se torne parte do direito de participação democrática – uma participação política diferenciada.⁴⁹ Com as audiências públicas, se possibilita a participação de grupos e segmentos sociais que via de regra não possuem acesso aos canais de comunicação com o poder político.

Ademais, a audiência pública judicial é um imperativo do acesso à justiça na medida em que aqueles que irão ser afetados pela decisão judicial devem ter o direito de interferirem e acompanhar o julgamento. No caso do controle judicial de políticas públicas, toda a sociedade será alcançada pelos efeitos da decisão, sendo assim, torna-se necessário a abertura do processo para a máxima participação da sociedade envolvida, fornecendo elementos para uma adequada decisão sobre a política pública em questão.⁵⁰ Segundo Lopes, “*O desafio é abrir o Poder Judiciário a formas legítimas e razoáveis de pressão e democratização*” (1994, p. 142).

Incentivar o uso de audiências públicas não redundaria em olvidar que a decisão judicial é prolatada pelo juiz e não pelos participantes do processo. Por óbvio que a última palavra (a decisão) é a do juiz, mas a “publicidade” do processo promove visibilidade ao Judiciário e, sobretudo, controlabilidade. Não um controle do ponto de vista recursal (processual),⁵¹ mas um controle a partir da *esfera pública*.⁵² Portanto, na esteira de Häberle, podemos afirmar que a audiência pública judicial é um mecanismo que promove um maior contato do juiz com os argumentos que

⁴⁸ “Essa abertura provoca até mesmo a superação do pseudodéficit democrático, pois, permitindo a participação direta da sociedade na resolução da demanda, não há que se falar em falta de legitimidade para uma importante decisão judicial sobre políticas públicas” (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 107).

⁴⁹ “‘Povo’ não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito de cidadania [...]” (HÄBERLE, 1997, p. 37).

⁵⁰ Para Appio, o controle judicial de políticas públicas pode ser um importante instrumento de consolidação da democracia, haja vista que por meio do espaço público judicial, as demandas sociais e econômicas poderão ser problematizadas a partir de argumentos constitucionais. As ações civis públicas e o controle concentrado da constitucionalidade das leis permitem a ampliação de um espaço que tradicionalmente é destinado aos atores sociais não-institucionalizados (2004, passim).

⁵¹ Lembrando que o Código de Processo Civil alberga a hipótese de recurso de terceiro interessado (art. 499 CPC). O recurso de terceiro não decorre da audiência pública, mas ela, ao ampliar a visibilidade do conflito, pode incentivar esse controle processual.

⁵² O sentido de esfera pública aqui utilizado se refere à opinião pública. Na medida em que o processo judicial é “aberto”, ou seja, publicizado também no sentido de uma participação ativa das pessoas envolvidas, o tema em debate transcende à esfera judicial, ganhando o espaço do dia-a-dia das pessoas. Dessa forma, incentiva-se o debate público, a política pública em litígio passa a ser conhecida e discutida em outros espaços que não apenas o judicial. O cidadão se torna *consciente de si*, da sua participação e da sua reflexão sobre a coisa pública. Portanto, esse debate na esfera pública adquire uma *função pedagógica* (conhecimento do Estado, da Administração, da jurisdição e dos direitos fundamentais) e uma *função democrática* (controle social das razões de decidir).

circundam o conflito, uma melhor percepção da realidade político-social e orçamentária, bem como uma maior visibilidade do Judiciário, proporcionando maiores possibilidades de se controlar a decisão não somente no aspecto processual técnico, mas também no sentido ideológico, expondo a mesma à opinião pública.⁵³

A intersubjetividade contribui para o controle da decisão judicial, pois ao julgar, o magistrado se preocupa com a aceitação intersubjetiva de seus argumentos. A intersubjetividade, também, visa evitar uma decisão solitária de um juiz trancado em um gabinete e procura incentivar a construção conjunta de uma decisão. Nesse sentido:

O juiz procura julgar o caso da melhor forma possível porque há controle social e jurídico de sua decisão. A opinião pública e da comunidade jurídica, a literatura jurídica e as instâncias judiciárias superiores censurarão uma decisão mal formulada, o que significa proteção contra subjetivismos indesejáveis (GOUVÊA, apud HONÓRIO, 2006, p. 157).

Habermas formulou a *teoria da ação comunicativa* afirmando a aceitação intersubjetiva como critério de correção das decisões. Sendo assim, a justificação das decisões adquire centralidade, pois a partir da exposição dos raciocínios as partes e a esfera pública podem controlar a legitimidade e a validade da decisão jurisdicional.⁵⁴

A intersubjetividade pode contribuir para uma solução pactuada, pois no decorrer da Ação Civil Pública é possível o estabelecimento de acordo (Lei 7.347/85, art. 5º, §6º). Sendo assim, a Audiência Pública pode incentivar e contribuir para a confecção de um termo de ajustamento de conduta, talvez essa seja a melhor solução no controle judicial de políticas públicas.

⁵³ É importante mencionar que a audiência pública não é necessária para toda e qualquer *lide*, mas apenas nos conflitos onde se exige uma maior reflexão sobre pontos envolvendo grandes repercussões na sociedade e/ou quando os conhecimentos jurídicos se tornam limitados. No controle judicial de políticas públicas essas audiências se tornam necessárias tendo em vista a imensa repercussão da decisão no âmbito social e político, bem como em razão da análise de muitas questões que escapam ao conhecimento do juiz (v.g. questões contábeis, técnicas, etc.).

⁵⁴ Vide HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social**. Buenos Aires: Taurus, 1998. Dissertando sobre a ação comunicativa habermasiana, Atienza leciona que “o conceito de ação comunicativa se contrapõe basicamente ao de ação estratégica. A ação estratégica é uma ação orientada para o êxito, ao passo que a ação comunicativa é uma ação orientada para a compreensão intersubjetiva, que alcança a sua plenitude no exercício sem barreiras da comunicação” (2003, p. 206).

3. UMA CONCEPÇÃO GARANTISTA DO ESTADO DE DIREITO

3.1. Contexto de descobrimento e contexto de justificação

Antes da análise da teoria garantista, se faz necessário contextualizá-la com os objetivos desse trabalho. Conforme mencionado na introdução, o garantismo jurídico pode servir como uma teoria de base para justificar o controle judicial de políticas públicas. Sendo assim, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre o *contexto de justificação*.

A filosofia da ciência, particularmente a epistemologia neopositivista, empreendeu a distinção entre *contexto de descoberta* e *contexto de justificação*. Essa divisão foi estendida para o campo da argumentação jurídica, particularmente no âmbito da decisão judicial. Muito se questiona sobre essa extensão, alguns autores entendem que tal atitude resultaria em problemas tendo em vista os próprios questionamentos dessa distinção no âmbito da epistemologia. Para Atienza, o caráter problemático da distinção não deve levar ao seu abandono no campo do Direito. Muito embora os questionamentos sobre a validade da distinção entre contexto de descoberta e contexto de justificação, ela se mostra de grande importância para a argumentação jurídica (ATIENZA, 1997, p. 51; ATIENZA, 2003, p. 20).

No que tange à teoria da ciência, pertence ao contexto de descobrimento a atividade de descobrir ou enunciar uma teoria. Nesse âmbito os esforços se concentram apenas em mostrar como se gera e se desenvolve o conhecimento científico - tarefa do sociólogo e do historiador da ciência (ATIENZA, 2003, p. 20). Portanto, *“el proceso mediante el que se llega a formular, a descubrir, una determinada teoría”*¹. No contexto de justificação reside o procedimento de justificar ou validar uma teoria científica, ou seja, *“confrontá-la com os fatos a fim de mostrar a sua validade”* (ATIENZA, 1997, p. 51; ATIENZA, 2003, p. 20).

Estendendo essa divisão para a argumentação jurídica, é possível visualizar a diferença entre o procedimento por meio do qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão (contexto de descobrimento) e o procedimento de justificar uma premissa ou conclusão (contexto de justificação). No primeiro momento se tem as causas e os motivos que levaram um juiz a proferir determinada decisão e no segundo momento as razões que fazem com que a decisão seja correta e aceitável (esteja justificada). Nesse sentido:

¹ “o processo mediante o qual se chega a formular, a descobrir, uma determinada teoria”. Tradução livre

Dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma razão explicativa; dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma razão justificadora. De modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las (ATIENZA, 2003, p. 20).

Na ciência do Direito, essa divisão permite a distinção de duas perspectivas de análise das argumentações. A primeira procura explicar o processo de tomada de decisão² e a segunda estuda as condições que possibilitam a justificação de um argumento, consequentemente, de uma decisão.³ Decidir não é a mesma coisa que argumentar, os argumentos não são as decisões, mas as *razões* das decisões. As razões podem ser *explicativas* ou *justificativas*, as primeiras estabelecem uma relação de causalidade, ou seja, procuram determinar a causa (os motivos) de uma decisão. As segundas trabalham no sentido de fazer com que as decisões resultem aceitáveis ou corretas. Assim, motivar uma decisão significa oferecer uma justificação a ela e não explicá-la (ATIENZA, 1997, p. 32-35). Ademais, a justificação é um imperativo de controlabilidade das decisões, uma decisão sem justificação é um puro ato de vontade não controlável racionalmente.

As teorias que trabalham na segunda perspectiva (razões justificativas) partem da premissa de que as decisões judiciais podem e devem ser justificadas⁴, opondo-se tanto ao *determinismo metodológico* (decisões judiciais prescindem de justificação, pois procedem de uma autoridade legítima e/ou não passam de simples derivações lógicas de normas gerais), quanto ao *decisionismo metodológico* (decisões judiciais não são passíveis de justificação pois são puros atos de vontade) (ATIENZA, 2003, p. 22).

É forçoso mencionar que em muitos ordenamentos a justificação das decisões judiciais deriva de uma meta-norma. A Constituição brasileira é categórica em afirmar o dever de justificação das decisões judiciais:

Art. 93, IX. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, [...].

² Nessa perspectiva se tem o modelo da *informação integrada* de Martin F. Kaplan. Cf. ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito**. 3.ed. Trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino. São Paulo: Landy, 2003, p. 21.

³ A teoria padrão da argumentação se encontra no contexto de justificação dos argumentos e pode adquirir pretensões descritivas e prescritivas (Alexy e MacCormick), pretendendo demonstrar como as teorias se justificam de fato e ao mesmo tempo como deveriam ser justificadas (ATIENZA, 2003, p. 22).

⁴ “É possível que, de fato, as decisões sejam tomadas, pelo menos em parte, como eles sugerem, isto é, que o processo mental do juiz vá da conclusão às premissas e inclusive que a decisão seja, sobretudo, fruto de preconceitos; mas isso não anula a necessidade de justificar a decisão e tampouco converte essa tarefa em algo impossível; [...]” (ATIENZA, 2003, p. 23).

Pois bem, feita a necessária menção sobre a distinção dos contextos de descoberta e de justificação, impende mencionar que é possível conceber o garantismo como uma teoria de base adequada para o contexto de justificação das decisões judiciais sobre controle de políticas públicas.

Também, conforme antecipado no primeiro capítulo, o garantismo jurídico será concebido como um suporte de *ética de convicção* na racionalidade da decisão judicial de controle de políticas públicas. O garantismo, muito além de uma teoria do Direito do Estado constitucional, será trabalhado como uma filosofia política. Nesse sentido, a teoria garantista será tida como a “causa” valorativa da decisão, portanto, uma ideologia.

As linhas a seguir procuram demonstrar essa tese. Lembrando que, se no primeiro capítulo foi falado sobre a *estrutura* do Estado constitucional, agora se adentra na *funcionalidade* desse modelo. No primeiro capítulo, o Estado constitucional foi combinado com o garantismo quanto à estrutura; agora, buscar-se-á relaciona-los quanto à funcionalidade.

3.2. A teoria garantista e as diversas acepções da palavra *garantismo*

Os modernos Estados de Direito apresentam uma contradição constitutiva ao prescreverem normas tendencialmente garantistas e paradoxalmente praticarem condutas tendencialmente antigantistas.⁵ A teoria garantista procura fornecer um instrumental para reduzir essa defasagem até o seu mínimo. Ocorre que as práticas anti-garantistas se hipertrofiaram comprometendo a própria legitimidade dos governos. A legitimidade garantista consiste na adequação da produção normativa e da ação administrativa aos valores inscritos nas Constituições (CADEMARTORI, 2006, p. 229-230).

No Direito Público brasileiro não é difícil encontrar discursos economicistas e politicistas procurando colonizar o discurso jurídico. Nesse sentido Oliveira Jr. indica alguns sintomas das distorções de legitimidade que sofre o Estado brasileiro:

- a) A inexistência de uma visão sociológica e política do jurídico, aliada a uma visão jurídica do político, para a implementação dos direitos sociais;
- b) A presença de uma filosofia neoliberal a pregar o desmantelamento do Estado, ator necessário para a implementação dos direitos sociais;
- c) Uma conseqüente redução do direito à economia;

⁵ Conforme NEVES, “Ao texto constitucional simbolicamente includente contrapõe-se a realidade constitucional excludente”. Sobre a insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional, vide NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

- d) Despreocupação reinante com a efetividade dos direitos fundamentais consagrados positivamente; [...] (OLIVEIRA JUNIOR, apud CADEMARTORI, 2006, p. 232-233).

A ação dos governos, ao colonizarem o discurso jurídico, se converte em *tirantias por exercício*, pois, muito embora terem assumido o poder legalmente, não exercem o poder de mando conforme dita a Constituição, nomeadamente no que tange à proteção e promoção dos direitos fundamentais (CADEMARTORI, 2006, p. 234).⁶ Sendo assim a teoria garantista aparece para fazer frente a esse modo de governar:

[...] o garantismo constitui uma teoria com suficiente aptidão instrumental para avaliar as ações governamentais num confronto com seus postulados, que parte da idéia de Estado de Direito (CADEMARTORI, 2006, p. 234).

Originariamente, o garantismo jurídico foi construído no campo penal e processual penal visando dar respostas a gritante falácia normativa que os ordenamentos jurídicos apresentavam, portanto procurava garantir direitos que não saltavam do papel. A divergência entre a normatividade do modelo em nível constitucional e a pungente carência de efetividade desses direitos fazia do modelo constitucional uma fachada - uma ferramenta de mistificação ideológica. (FERRAJOLI, 1998, p. 851). Uma “*constitucionalização simbólica em sentido negativo*” (NEVES, 1994, p. 83-85).

Ocorre que as pretensões da teoria garantista extravasam os limites do direito penal e processual penal, alcançando todos os campos do ordenamento jurídico. O paradigma garantista tem mostrado uma extraordinária capacidade expansiva enquanto modelo teórico e normativo, atuando em diversos campos do direito positivo, sobretudo em relação às garantias dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 112). Uma importante direção que o garantismo tem se expandido é na tutela dos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais (PAZÈ, apud FERRAJOLI, 2006, p. 113).

É possível fazer uma aproximação entre a teoria garantista e o constitucionalismo. O Estado constitucional expressa a fórmula política do

⁶ O garantismo jurídico, como teoria do Estado constitucional de Direito, é uma combinação de racionalidades. O tipo de dominação racional-formal weberiano pressupõe uma racionalidade formal, essa racionalidade é mantida no garantismo, pois o dever de obedecer e o poder de mandar ocorre em razão da crença em um ordenamento legal, no entanto, a partir da concepção dos direitos fundamentais (liberais e sociais), o poder de mando está limitado e vinculado substancialmente e não apenas na forma. Assim, no Estado constitucional de Direito, racionalidades formais e materiais se complementam, são necessárias, mas não suficientes *per si* (FERRAJOLI, 1999, p. 22).

garantismo, portanto, ele é o único modelo institucional que pode fazer prosperar o garantismo jurídico. Apenas no Estado constitucional é possível conceber um rigoroso princípio de estrita legalidade submetendo todas as esferas do poder a limites formais e substanciais impostos pelos direitos fundamentais (PRIETO, 2005, p. 41).

A palavra *garantismo* possui três acepções diversas, porém relacionadas entre si, as quais: garantismo enquanto *um modelo normativo de direito*, garantismo enquanto *teoria do direito e crítica do direito*, garantismo enquanto *filosofia do direito e crítica da política* (acepção filosófico-política) (FERRAJOLI, 1998, p. 851-855). No presente trabalho serão abordadas apenas a primeira e a última acepção.⁷

3.2.1. O garantismo enquanto modelo normativo de Direito

Ferrajoli caracteriza dois modelos de Estado de Direito visando proporcionar um ponto de partida político para construir a teoria garantista.

O Estado de Direito sempre será um modelo *sub lege*, podendo ser entendido em dois sentidos diferentes. No primeiro sentido, fraco ou formal, todo o poder do Estado deve ser conferido pela lei e exercido nas formas e procedimentos por ela estabelecidos (legitimidade para o poder de mando).⁸ Em outro sentido, forte ou material, todo e qualquer poder do Estado deve ser limitado pela lei, que

⁷ Essas três acepções da palavra garantismo possuem um alcance teórico e filosófico, pois desenham os elementos de uma *teoria geral do garantismo*, tendo como alicerces o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito, a divergência entre validade e vigência, a distinção entre ponto de vista interno (jurídico) externo (ético-político) e o pressuposto metodológico da separação entre Direito e moral, entre “ser” e “dever ser” (CADEMARTORI, 2006, p. 204). Quanto à segunda acepção, o garantismo jurídico representa uma teoria jurídica onde a *validade*, a *efetividade*, a *existência* e a *vigência* são conceitos distintos. Dessa forma, o garantismo mantém separado o “ser” e o “dever ser” do Direito e propõe como questão central a divergência entre modelos normativos tendencialmente garantistas e práticas tendencialmente anti-garantistas (FERRAJOLI, 1998, p. 852). O garantismo se apóia na divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, ambos vigentes. Nessa perspectiva, a teoria garantista opera como uma doutrina de legitimação e deslegitimação *interna* do Direito, reclamando dos juristas uma atenta abordagem crítica frente às leis vigentes, confrontando o ponto de vista normativo ou prescritivo da *validade* com o ponto de vista fático ou descritivo da *efetividade* (FERRAJOLI, 1998, p. 853). Assim sendo, a tarefa do jurista, sobretudo do juiz, é evidenciar as antinomias ao invés de ocultá-las, *deslegitimando internamente* o Direito efetivo a partir do plano da validade. Essa acepção do garantismo consiste em fornecer uma estrutura, no campo da teoria do Direito, para dar resposta ao controle de constitucionalidade das leis. Partindo do pressuposto das duas fontes de legitimação (formal e material) - mais afetas à filosofia do Direito ou ao Direito constitucional - torna-se necessário construir um suporte, dentro da teoria do Direito, que faça operar satisfatoriamente esse duplo padrão de legitimação. Frente a tal desafio, Ferrajoli constrói esse mecanismo de diferenciação entre validade/vigência/eficácia para poder justificar e fazer operar, dentro da teoria do Direito, o controle de constitucionalidade das leis. Tal conclusão não obsta o manejo do garantismo para aferir a constitucionalidade dos atos administrativos, nesse sentido vide BORTOLI, Adriano de. A validade dos atos administrativos e a vinculação da administração pública aos direitos fundamentais. In: **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo**. (Org.) Luiz Henrique Urquart Cademartori. Florianópolis: Momento Atual, 2004, p. 89-116.

⁸ Esse sentido se aproxima do tipo weberiano de dominação legal, vide WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad. Johannes Wincklemann. Vol. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991, p. 142-147).

condiciona as formas e procedimentos de manifestação do poder, bem como os conteúdos das decisões políticas (FERRAJOLI, 1998, p. 852).

No primeiro sentido, são Estados de Direito todos os ordenamentos que possuem uma estrutura formal, inclusive os totalitários. No segundo sentido, apenas os Estados constitucionais são considerados Estados de Direito, nomeadamente os Estados dotados de Cartas rígidas, haja vista que possuem, em nível constitucional, limites formais e substanciais ao exercício de todo e qualquer poder.

Cada sentido de Estado de Direito corresponde a uma noção do princípio da legalidade. No primeiro sentido se tem uma *legalidade em sentido amplo* (validade formal), onde se exige apenas que os sujeitos do poder e as formas de seu exercício sejam determinados legalmente. No segundo, são predeterminados legalmente os sujeitos do poder, as formas de exercício do mesmo e as matérias de competência, bem como, em nível constitucional, mediante obrigações e proibições, os *critérios de decisão*, ou seja, limites e vínculos de conteúdo internalizados nos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1998, p. 856).

O garantismo jurídico adota o segundo sentido de Estado de Direito e se apresenta como o *seu adequado modelo jurídico e principal traço funcional*. Esse Estado de Direito adotado pelo garantismo jurídico é um modelo de Estado nascido a partir das modernas Constituições. Caracteriza-se no plano formal pelo princípio da legalidade onde todos os poderes se subordinam à lei (*legitimação formal*) e no plano material pela *funcionalização* de todos os poderes do Estado na garantia dos direitos fundamentais (*legitimação substancial*).

Essa funcionalização ocorre mediante a internalização na Constituição de *deveres públicos* desdobrados em proibições de lesionar os direitos de liberdade, bem como de obrigações visando promover os direitos sociais. Ademais, deve ser garantido o acesso à jurisdição quando descumpridos esses deveres públicos.⁹ Em razão das fontes de legitimação formal e substancial, não há no Estado de Direito poderes sem regulação e atos de poder incontroláveis. Todos os poderes se encontram limitados por deveres jurídicos formais e substanciais; a violação desses

⁹ O objetivo dessa pesquisa é oferecer um modelo de controle de políticas públicas atendendo a essa perspectiva proposta por Ferrajoli, utilizando a ação civil pública como meio de acesso à jurisdição, conforme dispõe o art. 5º XXXV, da CF/88.

deveres é apta para suscitar a provocação da via jurisdicional¹⁰ (FERRAJOLI, 1998, p. 857).

O garantismo jurídico se presta como um modelo normativo limite para o Estado de Direito, sendo assim, ao invés de se falar em ordenamentos garantistas, não garantistas ou anti-garantistas, é preciso falar em *graus de garantismo*, devendo constantemente ser confrontado o modelo normativo constitucional com o funcionamento efetivo do sistema. Nesse sentido é que Ferrajoli afirma que o garantismo jurídico é uma *teoria da deslegitimação*, no entanto, Cademartori remaneja o garantismo jurídico no sentido de uma *teoria da legitimação* (CADEMARTORI, 2006, passim).

Portanto, na acepção em comento, a palavra garantismo designa um modelo de ordenamento jurídico equipado com meios de invalidação de todo e qualquer exercício do poder que esteja em desarmonia com normas superiores de direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1998, p. 880).

3.2.2. Garantismo enquanto filosofia do Direito e crítica da política

Nessa terceira acepção, a palavra garantismo designa uma *filosofia política*, impondo ao Direito e ao Estado uma carga *de justificação externa* a partir dos bens e interesses cuja proteção e garantia constituem a finalidade tanto do Direito como da comunidade política.¹¹ O Direito e o Estado são justificados a partir de “*um discurso normativo e uma prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência*” (CADEMARTORI, 2006, p. 202). Nessa perspectiva, quando da valoração do ordenamento, o garantismo mantém a separação entre direito e moral, validade e justiça, ponto de vista interno (jurídico) e externo, “ser” e “dever ser”. Dessa forma, apenas se admite *um ponto de vista externo* para fins de *legitimação e deslegitimação ético-política* do Direito e do Estado (FERRAJOLI, 1998, p. 853).

O pressuposto de toda doutrina democrática dos poderes do Estado consiste na adoção de um ponto de *vista externo* ou *político* que não seja vinculado

¹⁰ Essa conclusão é de extrema relevância para o controle judicial de políticas públicas, conforme será melhor explicitado no transcorrer desse trabalho.

¹¹ Sobre as críticas de Habermas à *desformalização do Direito* identificada por Weber vide CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Os fundamentos de legitimidade do Estado Constitucional: as análises de Weber e Habermas*. In: **Temas de política e direito constitucional contemporâneos**. (Org.) Luiz Henrique Urquhart Cademartori. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

ao *interno* ou *jurídico*. O *ponto de vista externo* é o de baixo ou o *ex parte populi* e o *interno* é o de cima ou *ex parte principis*. O primeiro expressa os valores extra ou meta-jurídicos fundantes, portanto, os interesses e as necessidades individuais e coletivas cuja satisfação e proteção representam a razão de ser do Estado e do Direito (FERRAJOLI, 1998, p. 854).

Dessa forma, *um ponto de vista externo autônomo* evita modelos políticos autoritários concebidos a partir da idéia de auto-fundamentação e auto-justificação, concebendo o Estado e o Direito como valores e fins em si mesmos. A justificação externa não procura fundamentar doutrinas políticas *a priori*, absolutas ou totalitárias,¹² pelo contrário, justifica o Direito e o Estado *a posteriori*, de uma forma contingente, parcial e condicionada. O ponto de vista externo autônomo deve preceder o ponto de vista interno, formando uma zona de irreduzível ilegitimidade política das instituições estatais vigentes. Dessa forma, a acepção de garantismo em comento se presta como uma teoria de crítica e deslegitimação (FERRAJOLI, 1998, p. 854; 880).

A partir da perspectiva do garantismo enquanto filosofia política, o Direito e o Estado deixam de ser justificados como fins em si mesmos, ambos se fundamentando a partir de finalidades sociais. Dessa forma, as instituições políticas e jurídicas são tidas como um mal necessário para a satisfação dos interesses vitais dos cidadãos – o Estado e o Direito passam a ser instrumentalizados.¹³ A partir de Niklas Luhmann, Ferrajoli denomina de *heteropoiética*¹⁴ essa concepção instrumental do Direito e do Estado, nesse viés, o ponto de vista externo da sociedade e das pessoas é tomado como referencial, sendo o Estado apenas um meio, nesse sentido:

Para las doctrinas hétero-poyéticas, por el contrario, el estado es un *medio* legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos, y

¹² Na modernidade, os laços transcendentais foram cortados, no entanto surgiram muitas doutrinas idealistas fundamentando o Estado desde cima, como as múltiplas versões do positivismo ético (fascismo, stalinismo, nazismo) que adotaram a idéia hegeliana do Estado ético (FERRAJOLI, 1998, p. 881).

¹³ Não é difícil constatar que Ferrajoli constantemente faz leituras a partir de conceitos contratualistas. A concepção instrumental do Estado é uma característica marcante dos filósofos contratualistas (Hobbes, Locke, Kant). Quanto à concepção do Estado, Kant não via o Estado civil como um paraíso na terra, entendia o Estado civil como um mal suportável, como a única forma de abandonar o estado de natureza, esse sim, um mal insuportável (1993, p. 161-162).

¹⁴ De forma contrária, na concepção auto-poiética (auto-referencial) o Estado é visto como um fim em si mesmo encarnando valores ético-políticos de viés supra-social e supra-individual (FERRAJOLI, 1998, p. 881). A partir dessa noção, são doutrinas autopoiéticas aquelas que legitimam o Estado desde cima, como as doutrinas pré-modernas que fundamentam o Estado a partir de entidades metafísicas como Deus, religião, natureza, etc., ou teorias que justificam o Estado por si mesmo (v.g. totalitarismos)

políticamente ilegítimo si no los garantiza o, mas aun, si el mismo los viola (FERRAJOLI, 1998, p. 881).¹⁵

Na concepção heteropoiética, o ponto de vista externo se mostra separado do interno, portanto, indivíduo e sociedade são erigidos em um grau de prioridade, promovendo assim limites ao poder estatal. A legitimação política do Estado e do Direito deriva de “baixo”, ou seja, da sociedade entendida como a soma dos cidadãos e das diferentes forças sociais. Essa concepção heteropoiética está na base de todas as doutrinas utilitaristas do Estado.¹⁶

Cademartori (2006, p. 215), com a didática que lhe é característica, explicita a diferença entre teorias autopoiéticas e heteropoiéticas a partir do seguinte quadro:

Teorias autopoiéticas	Teorias heteropoiéticas
Fundamentam os sistemas políticos sobre si mesmos	Fundamentam os sistemas políticos sobre finalidades sociais
Justificam o direito e o estado como bens ou valores intrínsecos	Justificam Direito e estado como males necessários para satisfazer os interesses vitais dos cidadãos
O estado é um fim em si mesmo	O estado é um meio que se legitima por preservar e promover os direitos
Ponto de vista interno	Ponto de vista externo
Princípios legitimadores <i>ex parte principis</i> (stalinismo, fascismos)	Princípios legitimadores <i>ex parte populi</i> (jusnaturalismo laico e racionalista) ¹⁷
Princípio da legalidade como princípio axiológico externo ¹⁸	Fins externos (valores estampados nas cartas de direitos e garantias)

A noção contratualista é uma grande metáfora da democracia,¹⁹ pois o Estado não é um fim, tampouco um valor, mas um produto derivado da vontade dos

¹⁵ Para as doutrinas heteropoiéticas, pelo contrário, o Estado é um meio legitimado unicamente para o fim de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e politicamente ilegítimo se não os garante ou, mais ainda, se os viola. (Tradução livre)

¹⁶ Segundo Ferrajoli, o pensamento contratualista concebe a satisfação dos direitos fundamentais como fins e justificações externas tanto do Direito como do Estado. A teoria contratualista de Locke pode muito bem servir como exemplo. Segundo Locke, no estado de natureza os homens são livres, iguais e independentes, sendo assim, o que leva os indivíduos a formarem o corpo político? Pois bem, muito embora essa liberdade e igualdade natural “onde todos são reis”, a fruição da propriedade é deveras insegura, pois ela está comumente exposta a invasão de terceiros. Dessa forma, embora livres, os indivíduos possuem medo haja vista a insegurança no gozo da propriedade, por esse motivo se unem na comunidade política onde “há mútua conservação da vida, da liberdade e dos bens a que chamo ‘propriedade’”, existindo um poder superior comum responsável pela resolução dos conflitos a partir de leis gerais preestabelecidas e por meio de um juiz conhecido e imparcial (LOCKE, 1983, p. 80). Todo homem, ao se incorporar na comunidade política, leva consigo suas posses, “pessoa e posse ficam sujeitas ao governo e ao domínio dessa comunidade, por todo o tempo que exista” (LOCKE, 1983, p. 80). Portanto, o objetivo do governo é a preservação da propriedade, o governo deve garantir a segura fruição da propriedade. Para Locke, a finalidade de o homem aderir à sociedade política é a fruição pacífica da propriedade, o meio para atingir esse fim são as leis. Assim, a *primeira lei positiva fundamental* é o estabelecimento do Poder Legislativo, considerado por Locke como o poder supremo da comunidade política (LOCKE, 1983, p. 86). Impende mencionar que Locke abarca no conceito de “propriedade” não apenas os bens materiais, mas também a vida e a liberdade.

¹⁷ *Ex parte populi* (de baixo para cima), ou seja, as doutrinas heteropoiéticas legitimam o Estado e o Direito a partir da sociedade.

¹⁸ Ou seja, o princípio da legalidade não só como princípio jurídico interno, pois a legitimidade política é reduzida à legalidade jurídica e as leis possuem valor apenas por sua forma e fonte (CADEMARTORI, 2006, p. 213).

homens; conforme Hobbes, um “homem artificial”. Dessa forma, o Estado deve servir ao “homem natural”. Na concepção heteropoiética, o Estado é visto como um desvalor, um inevitável mal que deve ser submetido a uma prova de justificação externa e *a posteriori*. Portanto, seus poderes não se justificam apenas a partir de *quem* detêm o poder, mas sobretudo segundo o *porquê*, o *quando* e principalmente *como* o poder é exercido (FERRAJOLI, 1998, p. 883).

O garantismo jurídico no sentido filosófico-político consiste na fundamentação heteropoiética do Direito e do Estado, dessa forma, nega qualquer valor intrínseco do Direito apenas por ser vigente exigindo-se um juízo complementar de validade, bem como afasta qualquer valor intrínseco ao poder somente por ser ele efetivo.²⁰ Ademais, concebe o Direito e o Estado a partir de uma noção instrumental, ou seja, funcionalizados em razão da tutela e satisfação dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1998, p. 884).

3.3. Garantismo jurídico e legitimidade do poder

Os itens a seguir guardam íntima relação com os anteriores 3.2.1 e 3.2.2, ocorre que, primando pela melhor exposição das idéias, eles serão desenvolvidos separadamente.

O garantismo faz uma crítica às teorias tradicionais de legitimação, afirmando que elas se transformaram em ideologias de legitimação, pois aos poucos trocaram os parâmetros pelas fontes absolutas de legitimação dos sistemas políticos construídos em seu nome.

Assim, “democracia”, “liberalismo” e “socialismo” mudaram as funções ideais do estado pelas reais, o dever-ser político pelo ser de fato dos poderes institucionais. Dessa forma, o estado e o direito perdem seu caráter instrumental para transformar-se em fins em si mesmos (CADEMARTORI, 2006, p. 216).

Muitas culturas jurídicas e políticas modernas aos poucos estão se auto-concebendo não como parâmetros, mas como fontes de legitimação absolutas dos sistemas políticos em seu nome edificadas. A democracia tem se transmutado em ideologias de legitimação substituindo as funções ideais do Estado pelas reais, ou seja, justificam o poder a partir do mito da governabilidade. O *dever ser* político é

¹⁹ Ferrajoli leciona que ao justificar o Estado a partir da tutela dos direitos, o contratualismo deve ser reconhecido também como o embrião da democracia substancial (1998, p. 883).

²⁰ Com isso, é refutada a concepção *economicista* pela qual o Estado se legitima unicamente pela eficiência, sem se levar em conta os conteúdos e compromissos materiais contidos na Constituição. Nesse sentido, vide GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**. Barueri: Manole, 2003, p. 88-103.

substituído pelo *ser* dos poderes institucionalizados. Dessa forma, cada vez mais Estado e Direito se encontram valorizados eticamente perdendo seu caráter instrumental e se auto-justificando. Essa valorização ética do Estado e do Direito é o pano de fundo de todos os totalitarismos, inclusive dos modernos, que hoje emergem frente a qualquer crise da democracia. Converte-se o “utilitarismo do Estado-instrumento” no “etismo do Estado-fim”.

Enquanto *filosofia política*, o garantismo jurídico é concebido como uma doutrina da fundamentação externa do Estado a partir dos direitos fundamentais dos cidadãos. Os direitos fundamentais definem a dimensão substancial da democracia ao se encontrarem protegidos por Constituições rígidas, portanto estão subtraídos à vontade das majorias e se mostram como *vínculos intransponíveis às decisões de governo*.

Dissertando sobre o garantismo jurídico enquanto filosofia política, Ferrajoli analisa o contratualismo em Rousseau e em Locke. Para o autor, a perspectiva rousseauiana de vontade geral corresponde a uma doutrina da *democracia política* resolvendo apenas a questão da *legitimidade formal*, ou seja, *quem decide* - quem serão os sujeitos da investidura política. Nessa perspectiva, corre-se constantemente o risco da legitimação formal encarnar um valor absoluto com imenso potencial de sacrificar os direitos e interesses substanciais dos cidadãos (FERRAJOLI, 1998, p. 884).

Por outro lado, a *democracia substancial* encontra sua raiz na doutrina contratualista liberal que propõe limites ao poder do Estado. Ainda que na sua gênese, o contratualismo liberal concebia apenas os “direitos burgueses” como limites à margem de decisão do Estado. Essa perspectiva pode muito bem ser estendida para todos os direitos fundamentais (liberais e sociais), servindo de base, portanto, para uma doutrina geral sobre a *democracia substancial*. Nessa dimensão de democracia, o Estado é tido como um instrumento, um artifício justificado a partir de finalidades externas voltadas à satisfação dos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 1998, p. 884).

O pressuposto garantista consiste em uma desconfiança a respeito do poder, ou seja, uma visão pessimista do poder, pois concebido como mal independentemente de quem está investido em seu exercício, assim sendo, potencialmente curvado a se degenerar em despotismo. Dependendo da postura

sobre o poder, é possível encontrar duas configurações diversas acerca da relação entre poderes públicos e direitos (FERRAJOLI, 1998, p. 885).

Em uma perspectiva *otimista do poder*, os direitos se encontram instrumentalizados por interesses públicos superiores a eles. Já em uma *perspectiva pessimista* do poder, os poderes públicos é que se encontram instrumentalizados a tutelar os direitos fundamentais e encontram nesses direitos os limites e os vínculos para as decisões políticas (FERRAJOLI, 1998, p. 885).

Dessa forma, é possível caracterizar politicamente o Estado de Direito como um modelo que se fundamenta e se justifica a partir de *finalidades externas*, geralmente declaradas nas Cartas constitucionais. Ocorre que esses fins justificadores do Estado não se satisfazem pela mera previsão normativa. Esses conteúdos constitucionais estabelecem um *dever ser* da política servindo como *parâmetro externo* de crítica ao funcionamento do Estado e do Direito vigente (FERRAJOLI, 1998, p. 886).

Em razão desse aparato de justificação externa, os valores e fins justificadores do Estado nunca se encontram plenamente realizados, sendo assim, a *legitimação política* no Estado de Direito, por sua natureza, é sempre tendencial e irremediavelmente imperfeita, porém, essa irreduzível ilegitimidade política não é um sintoma patológico do Estado de Direito,²¹ pelo contrário, é uma forma de manter o controle intermitente de seu exercício, nunca o encarando como um bem em si.²²

O modelo garantista se funda na distinção entre poder e Direito e na tendência daquele, na ausência das garantias, se degenerar em abuso em detrimento dos direitos. A característica principal do garantismo é a distancia insuperável entre modelo e realidade, normatividade e efetividade. Dessa característica é possível extrair dois pontos fundamentais: (a) a existência de uma irreduzível ilegitimidade estrutural, política e jurídica dos poderes; (b) a existência de uma legitimação *a posteriori* e contingente, referida ao válido exercício do poder, aferido concretamente (FERRAJOLI, 2006, p. 111).²³

²¹ A ilegitimidade se torna patológica quando as normas de nível superior são inteiramente ineficazes (FERRAJOLI, 1995, p. 867).

²² Dworkin também condiciona a legitimidade do governo a partir da maneira que o mesmo é exercido. “*Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirma seu domínio e aos quais reivindique fidelidade*” (DWORKIN, 2005, p. X).

²³ Os três poderes possuem uma irreduzível ilegitimidade política. O *Poder Judiciário* não é apenas um poder legal de denotação e compreensão jurídica, pois sempre em alguma medida ele é um poder discricional de disposição. O *Poder Legislativo*, em razão de sua representatividade ser sempre aproximativa e imperfeita haja vista a ausência de mandatos imperativos, comumente é conduzido pela estrutura burocrática dos partidos e

A legitimidade política no Estado de Direito não é perfeita tampouco *a priorística*, pelo contrário, é *a posteriori*, parcial e relativa tendo em vista os objetivos que a comunidade política possui. A legitimidade política deve ser sempre aferida posteriormente a partir das funções de utilidade efetivamente asseguradas pelo Estado, por suas instituições e por seus atos singulares (FERRAJOLI, 1998, p. 887).

Esta irreduzível ilegitimidade política do poder depende da divergência entre “ser” e “dever ser”, característica dos modelos de legitimação impostos ao exercício do poder. Repita-se, essa irreduzível ilegitimidade não é um sintoma patológico do Estado de Direito, mas sim uma característica comum e fisiológica de todos os ordenamentos fundados em modelos de legitimação heteropoiéticos. Ou seja, onde o poder está em função dos direitos, consequentemente existe uma estrutura normativa, um dever ser, imposto ao exercício do poder. Nesse caminho, Ferrajoli aduz que tanto o garantismo como a dimensão substancial da democracia são modelos normativos imperfeitamente realizados, servindo tanto como parâmetros de legitimação como de deslegitimação política (FERRAJOLI, 1995, p. 887).

No Estado de Direito, a *legitimidade política* deriva desde baixo ou de fora, ou seja, a partir de modelos jurídicos nomeadamente constitucionais (fontes normativas de justificação). Sendo assim, ela sempre é relativa, condicionada e aferida em graus. Esses graus dependem: a) da realização dos objetivos externos que justificam os poderes, tais como o grau de representatividade e o grau de satisfação dos direitos; b) da imperfeição dos mecanismos institucionais dispostos à realização dos objetivos externos, tais como a representação indireta, o princípio da maioria, as garantias jurisdicionais e outras técnicas jurídicas de tutela. Destarte, é possível falar em democracia imperfeita e garantismo imperfeito (FERRAJOLI, 1998, p. 887).

Ocorre que entre o “Estado de Direito Real” e o modelo de Estado de Direito garantista há um grande fosso. Este último figura como um tipo ideal, *“um ideal ao qual o Estado de Direito com o qual se tem de lidar, deve sempre tender, mantendo os homens a consciência de que esse ideal é inatingível”* (CADEMARTORI, 2006, p. 218). Apenas um modelo normativo pleno de garantias não basta para o controle dos poderes públicos (“falácia garantista”). A missão do Estado de Direito não se

seus próprios interesses. O *Poder Executivo*, por sua vez, encontra essa irreduzível ilegitimidade em razão de uma representatividade ainda mais tênue e mediata do que a do Legislativo, proporcionando por esse motivo abissais margens de autonomia frente a controles parlamentares nem sempre eficazes (FERRAJOLI, 1998, p. 886).

esgota no plano normativo, pois necessita de uma contínua luta social, fática e política, para assegurar o cumprimento das finalidades estatais.

A aproximação do Estado de Direito Real ao modelo normativo garantista reside sobretudo nas garantias materiais, ou seja, aquelas *garantias políticas* significando uma atitude de fidelidade ao texto constitucional por parte dos poderes públicos. Os direitos fundamentais não podem subsistir sem a luta pela sua realização concreta, “*un sistema jurídico, incluso técnicamente perfecto, no puede por si solo garantizar nada*” (FERRAJOLI, 1995, p. 942).²⁴

Em síntese, a teoria garantista estabelece duas categorias de legitimação do poder. No *plano formal*, o poder se legitima pelo princípio da legalidade tendo em vista que todos os poderes públicos estão subordinados a leis gerais e abstratas que disciplinam as formas de exercício do poder. No *plano substancial*, todos os poderes públicos estão funcionalizados para a garantia dos direitos fundamentais. As Constituições, ao incorporarem *limites* - consubstanciando obrigações de não lesar (direitos de liberdade) -, e *vínculos* - consubstanciando obrigações de satisfazer (direitos sociais), bem como a garantia de acesso ao Judiciário, fundam verdadeiros critérios e condições materiais para a legitimação do poder político (CADEMARTORI, 2006, p. 206).²⁵

O garantismo é uma teoria adequada para o julgamento da instância política, pois avalia o poder a partir de postulados e valores superiores e externos ao Estado, aferindo o grau de satisfação dos interesses sociais. A legitimidade garantista consiste na adequação da produção normativa, bem como da ação administrativa, aos valores inscritos nas Constituições (CADEMARTORI, 2006, p. 220). Sendo assim, o debate desloca-se para uma reflexão sobre as condições de validade do Estado de Direito.

3.4. Condições de validade do Estado de Direito

Quando Ferrajoli diferencia legitimidade formal e substancial, ou seja, as condições formais e substanciais impostas ao válido exercício do poder, ele esclarece a importante relação existente nos Estados modernos entre democracia política e Estado de Direito. A partir dessas duas fontes de legitimação é possível

²⁴ “[...] um sistema jurídico, mesmo tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”. Tradução livre

²⁵ Impende mencionar que a atual Carta republicana brasileira é um típico exemplar dessa espécie de Constituição.

encontrar duas modalidades de regras, aquelas que dispõem sobre *quem pode* e sobre *como se deve* decidir e aquelas que dispõem sobre *o que se deve e não se deve* decidir. As primeiras determinam a “*forma de governo*” (democracia) e as segundas a *estrutura de poder* (Estado de Direito) (FERRAJOLI, 1998, p. 858).

A distinção entre legitimidade formal e substancial é correlata à distinção entre democracia política e Estado de Direito, tendo em vista que as *condições formais* de validade do poder estabelecem as regras sobre *quem* e *como* decidir, podendo redundar, dependendo dos tipos de regras, em sistemas democráticos, monárquicos, oligárquicos, etc. De outra banda, as condições substanciais de validade do poder estabelecem *o que se deve* e *o que não se deve* decidir, delineando, dependendo das regras, um Direito e um Estado de viés absoluto, totalitário, autoritário ou “*mais ou menos de direito*” (CADEMARTORI, 2006, p. 208).

As regras relativas à *democracia política* disciplinam as formas de expressão da soberania popular definindo *quem* decide e *como* se decide, estabelecendo os procedimentos e competências para tal fim. As regras relativas ao *Estado de Direito* (democracia substancial) garantem os direitos fundamentais definindo *o que não se deve* decidir (deveres negativos de não fazer) e *o que não deve ser deixado* de decidir (deveres positivos de fazer), prescrevendo aos poderes públicos proibições e obrigações, respectivamente (FERRAJOLI, 1998, p. 858).²⁶

As *proibições* consistem na vedação de suprimir ou limitar,²⁷ fora das formas e casos previstos, a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio e correspondência, a liberdade de opinião, associação, culto, etc., enfim, os direitos de raiz liberal.

No tocante às *obrigações*, deve o Estado remover ou atenuar as desigualdades sociais assegurando a educação, a saúde, a assistência social, etc.²⁸

²⁶ Essa aparente incoerência retrata a postura formal de Ferrajoli. Ao falar sobre as regras do Estado de Direito, ele fixa um modelo formal. No entanto, dependendo dos conteúdos das regras e principalmente dos valores de referência (critérios meta-éticos) de um dado ordenamento jurídico, as condições substanciais podem gerar modelos autoritários.

²⁷ A partir de uma construção jurisprudencial da Corte Constitucional alemã, a limitação aos direitos fundamentais é possível desde que respeitado o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido vide ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEC, 1993. Na esteira de Alexy, vide BARROS, Suzana Toledo de. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

²⁸ Leciona Ferrajoli que nossas ancestrais Constituições e Cartas de direito se circunscreviam apenas em prever aquilo que não poderia ser decidido, sequer por maioria. Já a partir do Século XX as Cartas começaram a reconhecer outros direitos fundamentais, tais como saúde, educação, habitação, trabalho, etc., direitos esses que exigem uma conduta positiva do Estado. Sobre as diferenças estruturais entre direitos liberais e sociais ver ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Chistian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

Dentre os quatro critérios meta-éticos que fundamentam os direitos fundamentais, a *igualdade* consiste no dever de garantir as diferenças e reduzir as desigualdades. A democracia política seria um regime absoluto e totalitário se a soberania popular não encontrasse limites.²⁹ As regras da democracia política seriam eficazes ao determinar *quem* pode e *como* decidir, mas não prestariam para legitimar qualquer decisão ou não decisão (FERRAJOLI, 1998, p. 858).

Os direitos fundamentais formam a garantia dos cidadãos, portanto, são por natureza contra-majoritários. As maiorias são contidas na sua onipotência e passam a se circunscrever dentro dos limites definidos pelos conteúdos constitucionais que definem não somente quem e como se decide (democracia formal), mas sobretudo o que não pode ser decidido – direitos liberais - e o que não pode deixar de ser decidido - direitos sociais -, sequer por maioria (democracia substancial) (FERRAJOLI, 1998, p. 860). Essa dimensão substancial da democracia deve funcionar como baliza para a atuação dos poderes. No tocante à Administração Pública, inibe a ação do Administrador (direitos liberais), bem como evita a omissão no que tange ao atendimento dos direitos sociais. Dessa forma, a satisfação dos direitos sociais não é uma discricionariedade do governante, mas uma vinculação por imposição constitucional.³⁰

É importante mencionar que esses limites substanciais (direitos fundamentais) ao exercício do poder se encontram no âmbito constitucional. A técnica garantista é sempre a da incorporação limitativa dos direitos, correlativamente aos deveres públicos. Ou seja, a declaração constitucional dos direitos dos cidadãos equivale à declaração constitucional dos deveres públicos (FERRAJOLI, 1998, p. 862).³¹

O Estado concebido dessa forma agrega os caracteres tanto do *modelo liberal* - onde as garantias se baseavam em proibições visando conservar as condições naturais pré-políticas (v.g. vida, propriedade, liberdade, etc.) - quanto do

²⁹ Essa postura se explica pela visão pessimista que Ferrajoli alimenta sobre o poder.

³⁰ Em um Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem ser institucionalizados como causa e finalidade das políticas públicas, blindando o “voluntarismo” da política brasileira, onde os governantes “*fazem das políticas estatais moedas de troca*” (MOREIRA, in DWORKIN, 2005, p. XXI). A tarefa específica do Estado consiste não apenas em efetivar, mas também em institucionalizar os direitos fundamentais (MOREIRA, in DWORKIN, 2005, p. XXI).

³¹ Ferrajoli sustenta que o contratualismo é a grande metáfora da democracia. De outra banda, é possível dizer que para o autor o contratualismo é também a metáfora do constitucionalismo, haja vista que o contrato social é traduzido nos Estados modernos como pacto constitucional. Dessa forma, o contrato deixa de ser uma mera hipótese filosófico-política para se converter em um conjunto de normas positivas vinculando Estado e cidadão (1998, p. 860).

modelo social, baseado em obrigações visando proporcionar condições sociais de vida (v.g. trabalho, educação, saúde, lazer, cultura, etc.) (FERRAJOLI, 1998, p. 862).

Portanto, os direitos fundamentais representam os temas que delimitam a esfera de decisão democrática, figurando como parâmetros para a aferição da validade do Estado de Direito. A partir dos direitos fundamentais, muito além de uma democracia formal, o Estado de Direito deve internalizar uma democracia substancial.

3.5. Democracia formal e democracia substancial

O garantismo jurídico serve de base à democracia substancial. O Estado de Direito conjuga tanto as garantias liberais como as sociais, dessa forma é construído um sistema de metas-regra em relação à democracia. A meta-regra do *Estado liberal de Direito* consiste no fato de que *nem sobre tudo se pode decidir, mesmo por maioria*; a meta-regra do *Estado social de Direito* consiste no fato de que *nem sobre tudo se pode deixar de decidir, mesmo por maioria*. Percebe-se que essas metas-regra limitam o âmbito de atuação das maiorias políticas, sendo assim, Estado de Direito e garantismo jurídico formam um modelo contra-majoritário (FERRAJOLI, 1998, p. 864).

Ferrajoli analisou os ordenamentos constitucionais construídos a partir do segundo pós-guerra e notou que a dimensão formal da democracia era insuficiente para se adequar ao novo paradigma, tendo em vista que os direitos fundamentais se apresentavam como verdadeiros limites e vínculos aos poderes públicos e privados. Por esse motivo, a dimensão substancial da democracia foi concebida a partir da observação dos atuais modelos constitucionais.

No sentido substancial ou social de democracia, a vontade da maioria está limitada e condicionada aos interesses e necessidades vitais dos indivíduos, ou seja, aos direitos fundamentais,³² sendo assim, nem sequer por unanimidade pode um povo decidir sobre o banimento dos direitos fundamentais (CADEMARTORI, 2006, p.

³² Para os substancialistas, essa importância dada aos direitos fundamentais decorre do fato de que eles internalizam valores e finalidades de suma importância e que foram construídos historicamente. Os direitos fundamentais não são presentes dos céus, mas conquistas históricas e/ou valores consensuais de uma dada sociedade. Sendo assim, através deles o Direito adquire um potencial de garantia dos valores civilizacionais, representam a faceta civilizatória do Estado de Direito (HESPANHA, 2005, p. 89-98; CADEMARTORI, 2006, p. 220).

209).³³ Nesse sentido, o garantismo jurídico pode ser considerado um traço característico da democracia substancial ao ser concebido enquanto técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que eles devem ou não devem decidir. Nesse sentido:

[...] las garantías, tanto liberales como sociales, expresan en efecto los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes del estado, los intereses de los débiles respecto a los de los fuertes, la tutela de las minorías marginalizadas o discrepantes respecto a las mayorías integradas, las razones de los de abajo respecto a las de los de arriba. No existe diferencia, en este sentido, entre derechos de libertad y derechos sociales: también los derechos sociales, como cada vez se hace más evidente en los países ricos, en los que la pobreza tiene a convertirse en una condición minoritaria, son derechos individuales virtualmente contrarios a la voluntad y a los intereses de la mayoría (FERRAJOLI, 1995, p. 864).³⁴

Em razão desse sistema de metas-regra limitando a vontade das maiorias políticas, Ferrajoli redefine o conceito de democracia. A *democracia substancial* ou *social* exige um Estado de Direito equipado de garantias liberais e sociais, enquanto que na *democracia formal* ou *política* o Estado se baseia unicamente no princípio da maioria como a fonte da legalidade (FERRAJOLI, 1998, p. 864).

No modelo de democracia formal, as metas-regra apenas determinam *quem* decide e *como* se decide, ou seja, quem serão os sujeitos do poder e as formas que ele será exercido. No modelo de democracia substancial, as metas-regra além de determinarem quem decide e como se decide, elas fixam os conteúdos daquilo que

³³ Essa vinculação da vontade política gera discussões provocando altíssimos abalos sísmicos na teoria constitucional. Apenas para apresentar o tema, sem qualquer objetivo de esgotá-lo tampouco de incentivar maniqueísmos, é possível colocar de um lado os *procedimentalistas* que entendem que a Constituição não deve internalizar valores, portanto, a função do Judiciário, nomeadamente do Tribunal Constitucional, não é a garantia de uma ordem valorativa constitucional, devendo apenas se ater de forma ativa (ativismo judicial) à garantia dos procedimentos que viabilizam a soberana decisão democrática (Habermas, Garapon). De outro lado podemos colocar os substancialistas que entendem que a Carta deve fixar os procedimentos para as tomadas de decisão política, bem como deve internalizar os valores de uma determinada sociedade, cabendo aos juízes velar pelos procedimentos, mas sobretudo pelos conteúdos materiais e valorativos da Constituição (Cappelletti, Ackerman, Bonavides, etc.). Cf. STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 147-196. CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. Igualmente, esse debate de limites e vínculos à soberania popular deságua na calorosa discussão acerca do Poder Constituinte, trazendo reflexões a respeito de qual é o fundamento e os possíveis limites desse poder. Será que o Poder Constituinte, ao fundar o Poder Constituído, se esgota em ato ou ainda conserva sua potência? Para Negri, Weber inscreve o Poder Constituinte entre o poder carismático e o poder racional, extraindo do primeiro a violência da inovação e do segundo a instrumentalidade constitutiva, fundando a partir do novo direito positivo um paradigma de racionalidade (NEGRI, 2002, p. 16). Uma discussão que é possível lançar, a partir dos modelos constitucionais do segundo pós-guerra, é se esse novo paradigma inaugura apenas uma racionalidade formal ou também um suporte de racionalidade material tendo em vista os direitos fundamentais.

³⁴ [...] as garantias, tanto liberais como sociais, expressam os direitos fundamentais dos cidadãos frente aos poderes do Estado, os interesses dos fracos (hipossuficientes) em relação aos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou excluídas em relação às maiorias incluídas, as razões dos de baixo em relação aos de cima. Não existe diferença, nesse sentido, entre direitos de liberdade e direitos sociais: também os direitos sociais, como cada vez se faz mais evidente nos países ricos, nos que a pobreza tende a converter-se em uma condição minoritária, são direitos individuais virtualmente contrários a vontade e aos interesses da maioria. (Tradução livre).

não pode ser decidido e daquilo que não pode deixar de ser decidido. Na democracia formal as decisões políticas se justificam por derivarem dos representantes da maioria e por seguirem os procedimentos previamente fixados. Na democracia substancial as decisões políticas se justificam enquanto satisfaçam os interesses vitais (direitos fundamentais) dos indivíduos (FERRAJOLI, 1998, p. 864-865).

No *plano lógico* esses dois modelos de democracia são independentes, tal como são independentes seus sistemas de garantias, ou seja, de um lado as regras que definem a manifestação direta ou indireta da vontade da maioria; de outro, as regras que vinculam, a partir de limites substanciais, os objetos que não devem ou devem ser matéria de decisão.

A democracia substancial concebe um *Estado liberal mínimo* e um *Estado social máximo*. No primeiro sentido se encontra a minimização das restrições à liberdade dos indivíduos. No segundo sentido - o que mais interessa aos propósitos dessa dissertação - a maximização das expectativas materiais dos cidadãos e a correspondente expansão das obrigações públicas de satisfazê-las. No tocante ao Estado social, a democracia substancial requer mais mecanismos positivos de distribuição e de controle das prestações dirigidas a satisfazer os direitos sociais do que técnicas negativas de invalidação (FERRAJOLI, 1998, p. 866).³⁵

Córdova explica a dimensão substancial da democracia a partir de três argumentos. O primeiro se refere a uma insuficiência da dimensão formal da democracia, haja vista que as formas e procedimentos são insuficientes para legitimar qualquer decisão no que tange aos conteúdos. O segundo abarca a questão de que no Estado de Direito não deve haver poderes absolutos. O terceiro argumento centra-se na tese de que a soberania popular sem limites se mostra extremamente perigosa, sendo assim, a democracia deve se proteger dela mesma visando evitar o “suicídio democrático” (2005, p. 453-454).³⁶

³⁵ Em contraponto a essa concepção de democracia proposta por FERRAJOLI, vide a ácida crítica de Anna Pintore. PINTORE, Anna. *Derechos insaciables*. In: **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (Org) CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. Madrid: Trotta, 2001, p. 243-265 e BOVERO, Michelangelo. *La filosofía política di Ferrajoli*. In: **Le ragioni del garantismo**. (Org) Letizia Gianformaggio. Torino: 1993, 399-406.

³⁶ Para Córdova, o constitucionalismo proposto por Ferrajoli faz frente a todo e qualquer poder que ameace os direitos fundamentais. Ademais, uma dimensão substancial do Direito exige uma dimensão substancial de democracia. A democracia substancial serve de complemento à democracia formal, bem como ela não se apresenta como uma forma de regime político, mas sim como o estabelecimento de conteúdos vinculantes para as decisões políticas (2005, p. 453).

Conforme Bobbio, ao contrário dos regimes despóticos, a democracia é o regime da transformação, *“Para um regime democrático, o estar em transformação é seu estado natural: a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”* (BOBBIO, 2004, p. 19). A dimensão substancial - concebida a partir dos direitos fundamentais - procura conter as mais graves ameaças à democracia, ameaças que derivam de duas ideologias de legitimação, as quais: a onipotência das majorias e o livre mercado e suas “leis”, a *Grund-norm* da ordem global (FERRAJOLI, 2006, p. 84).

Além do sistema de garantias relativo ao princípio da democracia política, a dimensão substancial estabelece um sistema de vínculos estruturais e funcionais impostos a todos os poderes (públicos e privados) visando garantir os direitos fundamentais, os protegendo e os satisfazendo. No *plano axiológico*, a democracia substancial incorpora valores prévios à democracia formal, pois o princípio da democracia política relativo ao *quem decide* se encontra subordinado aos princípios da democracia substancial que determinam *o que não se pode decidir* e *o que não se pode deixar de decidir* (FERRAJOLI, 1995, p. 865).³⁷

Nesse sentido, a esfera política encontra-se limitada tendo em vista que do ponto de vista interno (jurídico) a política está vinculada pelo Direito, principalmente pelo dever constitucional de garantir os direitos fundamentais positivamente consagrados (FERRAJOLI, 2001, p. 171). A democracia substancial consiste em um processo caracteristicamente difícil e fatigante, onde mais que promessas é reclamado o desenvolvimento de garantias capazes de implementá-las. Em razão das garantias, é possível deslegitimar os poderes, invalidar suas ações e omissões e obrigá-los a prestações.

3.6. A teoria dos direitos fundamentais e a democracia substancial

Conforme RENTERÍA, a teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli e sua tipologia fundam as quatro teses essenciais para uma democracia substancial, contrapondo-se à democracia formal como método de formação das decisões políticas (2005, p. 129). Sendo assim, se faz necessária uma abordagem a respeito dessa teoria dos direitos fundamentais.

³⁷ É importante mencionar que esses princípios da democracia substancial procuram estabelecer e garantir os direitos de liberdade e os direitos sociais, caracterizando dois modelos históricos de Estado de Direito, liberal e social, respectivamente.

Na teoria garantista são concebidos, formalmente, quatro tipos de direitos fundamentais: *direitos humanos*, *direitos públicos*, *direitos civis* e *direitos políticos*.³⁸ A classificação utiliza um critério subjetivo e não de conteúdo: *pessoa*, *cidadão* e *capazes* (capacidade civil). Os *direitos humanos* são todos aqueles que resultem atribuídos universalmente à classe dos sujeitos enquanto *pessoa*.³⁹ Os *direitos públicos* são todos aqueles que resultem atribuídos universalmente a todos os *cidadãos*, independentemente da capacidade civil. Os *direitos civis* são todos aqueles que resultem atribuídos universalmente a todos os *capazes*, independentemente da cidadania. Os *direitos políticos* são todos aqueles que resultem atribuídos universalmente à classe dos sujeitos enquanto *cidadãos* e *capazes* (FERRAJOLI, 2001, p. 22-24).

É importante mencionar que Ferrajoli, depois de tantas críticas, lança quatro fundamentos axiológicos ou critérios meta-éticos, para os direitos fundamentais: *a igualdade*, *a democracia*, *a paz* e *a proteção do mais fraco*. Esses quatro valores oferecem critérios para identificar não apenas os direitos que devem ser tutelados, mas também a extensão da classe de sujeitos que deve ser reconhecida (FERRAJOLI, 2006, p. 124).

Os direitos fundamentais funcionam como os meios adequados para a perseguição desses quatro valores. A *igualdade* consiste na garantia das diferenças pessoais e/ou culturais e na redução das desigualdades sociais. Através dos direitos fundamentais é formada a dimensão substancial da democracia, portanto a *democracia* se apresenta como um fundamento axiológico dos direitos fundamentais. Para a teoria garantista, a *paz* deve ser construída a partir da garantia dos direitos e não pela guerra.⁴⁰ Por fim, os direitos fundamentais fixam vínculos e limites aos poderes fortes (poder político e poder do livre mercado) visando *proteger os mais fracos* (hipossuficientes) (FERRAJOLI, 2001, p. 314-370).

Os direitos fundamentais expressam a dimensão substancial da democracia não somente em virtude do conteúdo que eles representam, ou seja, a natureza das necessidades protegidas, mas também pelas *características estruturais* da *universalidade*, da *igualdade*, da *indisponibilidade*, da *atribuição ex lege* e do *traço*

³⁸ O objetivo dessa pesquisa não é trabalhar a fundo a teoria dos direitos fundamentais de Ferrajoli, mas apenas apresentá-la panoramicamente.

³⁹ Os direitos liberais e sociais entram nessa classificação.

⁴⁰ O critério meta-ético da paz tem forte presença da teoria de Kant.

constitucional.⁴¹ Essas características estruturais, sobretudo o traço constitucional, fazem com que os direitos fundamentais se encontrem supraordenados aos poderes públicos, funcionando como parâmetros de validade de seu exercício. Em razão dessas características estruturais, os direitos fundamentais, diferentemente dos demais direitos, configuram os limites e os vínculos substanciais normativamente impostos tanto ao poder político como ao livre mercado (FERRAJOLI, 2001, p. 35).

Para Ferrajoli, o conceito clássico de soberania popular é incompatível com o modelo do Estado de Direito – nomeadamente o Estado constitucional - pois aquele trabalha a partir de um poder absoluto e este a partir de limites ao poder. Sendo assim, o conceito de soberania popular deve ser entendido como um conjunto de poderes e contra-poderes (direitos fundamentais) (2006, p. 109).

Por fim, é importante mencionar que não é possível a classificação de Ferrajoli como um *substancialista*, no sentido de crer que a Constituição representa um sistema de valores sociais, cabendo ao Judiciário a guarda desses valores (jurisprudência de valores). Inclusive o próprio autor se posiciona contrariamente ao “constitucionalismo ético” (2006, p. 122).

O que faz Ferrajoli é reconhecer que, em última análise, existem fundamentos meta-éticos para os direitos fundamentais. É uma afirmação empírica, consequentemente, o Judiciário defende um sistema de direitos e não os valores que os fundam. Ocorre que, a longo prazo, ao defender o sistema de direitos - e esses direitos devem ser entendidos como *meios* - estaria o Judiciário defendendo seus fundamentos (que também funcionam como *fins*). Os valores meta-éticos reforçam a conotação política contra-majoritária dos direitos fundamentais.

3.7. A garantia dos direitos fundamentais sociais

O objetivo deste item não é apresentar um profundo resgate sobre a formação histórica do Estado social, tampouco analisar a fundo os direitos sociais. Tendo em vista que essa pesquisa procura tratar do tema do controle de políticas públicas voltadas aos direitos sociais, se fazem necessárias algumas reflexões sobre o sistema de garantia desses direitos. No entanto, é forçoso mencionar que para a

⁴¹ Essas características representam a técnica adequada para garantir todas as matérias que o pacto constitucional considera fundamental (FERRAJOLI, 2001, p. 35).

teoria garantista a satisfação dos direitos sociais é condição necessária para a efetividade dos demais direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 125).⁴²

O surgimento do Estado social ocorre em um contexto histórico onde estão presentes três condições: indivíduo indefeso, novos riscos sociais e novas finalidades do Estado (CARBONELL, 2005, p. 175).

O indivíduo sempre esteve indefeso, ocorre que nas sociedades modernas essa vulnerabilidade adquire outros contornos em razão da alteração das condições físicas e biológicas da moderna vida social, da mudança da estrutura econômica, das novas condições de trabalho e da reformulação da assistência social. Os novos riscos sociais são gerados por fatores de vulnerabilidade (v.g. desemprego, etc.). Frente a esses novos riscos, o Estado deve atuar em duas frentes para *promover o bem estar - social* e para *atenuar e/ou compensar as mazelas sociais*. Portanto, o que mais caracteriza o Estado social é a seguridade social (CARBONELL, 2005, p. 175-178).

A vulnerabilidade do cidadão aliada a uma sociedade de risco, geram para o Estado novas finalidades e funções. Esse novo papel do Estado vai redefinir a teoria dos direitos fundamentais, bem como os processos de legitimação dos poderes públicos com relação aos direitos. No Estado social os poderes deixam de ser “inimigos” dos direitos fundamentais passando à função de promotores dos mesmos.

No Estado social há uma troca de fatores de legitimação, tendo em vista que nesse modelo de Estado os poderes públicos além de não piorarem as condições de vida devem melhorá-las. Dessa forma, os modelos liberal e social se fundem. Os *direitos liberais* visam conservar as condições pré-políticas de existência (vida, liberdades, imunidades frente ao poder, etc.) e os *direitos sociais* existem para

⁴² O Estado social é a forma de Estado que constitui o pressuposto de realização dos direitos sociais, portanto, sua condição de possibilidade. As principais correntes de justificação do Estado social são a *pluralista* e a *marxista*, ambas se subdividindo em *funcionalistas* e *conflitualistas* (PELÁEZ, apud CARBONELL, 2005, p. 174). Segundo as *justificações pluralistas funcionalistas*, o Estado social surge como uma resposta às necessidades objetivas acarretadas pela modernização sócio-econômica. Para as *justificações pluralistas conflitualistas*, o Estado social é fruto das pressões políticas dos setores mais desfavorecidos, ocorridas em função da ampliação do sufrágio e pelo exercício do direito de associação, que permitiram uma ação mais eficaz da classe trabalhadora através dos sindicatos (PELÁEZ, apud CARBONELL, 2005, p. 174). As *justificações marxistas funcionalistas* explicam o Estado social como uma resposta a determinadas exigências do capitalismo desenvolvido, tais como a necessidade de assegurar a reprodução da força de trabalho e a necessidade de integrar o movimento operário dentro do sistema capitalista visando anular qualquer germe revolucionário. As *justificações marxistas conflitualistas* explicam o Estado social como o produto de conquistas do proletariado apresentando-se como uma fase intermediária da luta de classes (PELÁEZ, apud CARBONELL, 2005, p. 174-175). Sobre a importância histórica da social-democracia para a construção do Estado social, vide PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e social-democracia**. São Paulo: Companhia das letras. 1989.

a aquisição de condições sociais de vida (saúde, educação, trabalho, habitação, cultura, lazer, etc.) (CARBONELL, 2005, p. 179).

Tanto direitos liberais como sociais são mecanismos contramajoritários. O *princípio do Estado liberal* consiste na máxima de que *nem sobre tudo se pode decidir* enquanto que o *princípio do Estado social* consiste na máxima de que *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*. Como visto, no Estado constitucional encontramos o Estado liberal e o social.

As Constituições do segundo pós-guerra passaram a reconhecer não apenas direitos de liberdade (faculdades ou “direitos de”) próprios do Estado liberal e que representam condições naturais ou pré-políticas de existência (vida, liberdade, propriedade, imunidades perante o poder político, etc.), mas também outras categorias de direitos representando expectativas (obrigações ou “direitos a”) voltadas à subsistência (moradia, saúde, educação, etc.).

O Estado social, ao contrario do que muitos pregam, não consiste na alteração da caridade privada pela pública, mas se assenta em um conjunto de direitos que visam proteger os cidadãos. A responsabilidade do Estado não é moral, mas jurídica, devendo o cidadão ser considerado não como um objeto da relação assistencial, mas como um sujeito de direitos (CARBONELL, 2005, p. 181). Conforme Kant, o homem deve sempre ser considerado como um fim e não como um meio (1993, p. 42).

O Estado assume tarefas que redundam em pelo menos algumas medidas concretas. Deve o Estado controlar os poderes privados, as grandes concentrações de capital, a redistribuição da riqueza, a proteção dos consumidores, etc. É necessária uma consistente política de proteção do meio-ambiente, bem como a realização de prestações sociais tais como políticas públicas de pleno emprego, políticas voltadas aos deficientes, menores e idosos, políticas culturais, políticas de saúde, educação e habitação (CARBONELL, 2005, p. 182).

Nas ultimas décadas é possível perceber inúmeras tentativas de desmonte do Estado social. Entre outros fatores, a debilidade política e teórica dos direitos sociais acaba por facilitar esse processo de desmonte, haja vista que grande parte da cultura jurídica e política ainda acreditam que os direitos sociais não devem ser tidos como autênticos direitos (FERRAJOLI in ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 10).

Tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais, embora em graus diferentes, precisam da ação do Estado. Assim, entre essas duas categorias de direitos não há uma diferença estrutural. As omissões relativas aos direitos sociais são ou podem ser justiciáveis, inclusive as garantias jurisdicionais dos direitos sociais podem ser mais eficazes que a dos direitos de liberdade, tendo em vista que a violação a um direito de liberdade pode ser sancionada, mas não anulada (a ação estatal já ocorreu promovendo um dano), enquanto que o não cumprimento de um direito social bem pode ser reparado com sua execução, mesmo que tardia (FERRAJOLI, in ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 10).⁴³

No entanto, a tarefa do Judiciário consiste em indicar as violações, pois esse poder não pode substituir o Legislativo e o Executivo na formulação de políticas sociais, ainda mais de políticas de grande escala. Não obstante, Ferrajoli sinaliza que cada vez mais se torna necessário um garantismo social com o mesmo potencial do liberal (in ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 13).

Ao contrário do que o senso comum teórico acredita, os direitos sociais geram obrigações concretas ao Estado, obrigações justiciáveis e não meras intenções políticas. Os direitos sociais possuem ao menos algum aspecto que é claramente justiciável. Chega-se a essa conclusão não por meio de um “direito natural social”, mas a partir de ordenamentos onde os direitos sociais são positivados pela Constituição e/ou por tratados internacionais. Diante dessa positivação, torna-se premente a construção de uma dogmática que possibilite a exigibilidade dos direitos sociais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 20).

A partir do momento que valores e opções políticas foram internalizados nas Constituições, normas superiores passaram a vincular materialmente os poderes estatais. Sendo assim, se torna indispensável o desenvolvimento de uma dogmática que confira eficácia a esses novos elementos normativos.⁴⁴ Os direitos sociais são ou podem chegar a ser justiciáveis desde que se formulem técnicas adequadas de garantias (FERRAJOLI, 2006, p. 115).

A postura clássica tende a diferenciar os direitos liberais dos sociais, aduzindo que os primeiros consistem em uma prestação negativa (não fazer), um

⁴³ Importante mencionar que essa omissão estatal gera inúmeras vítimas. A execução tardia pode servir a presentes e futuras gerações de sujeitos, mas as gerações passadas acabam por pagar o pesado preço dessa omissão.

⁴⁴ BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 08.02.2007.

dever de abstenção. Já os direitos sociais aparecem como prestações positivas (fazer), um dever de ação. No primeiro caso bastaria limitar a atividade do Estado, proibindo sua atuação em algumas áreas. Já no segundo caso, o Estado deveria alocar recursos orçamentários para tornar possíveis as prestações. Esta distinção é própria do Estado legislativo (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 23).

No entanto, os direitos liberais também exigem a ação do Estado, também formam um complexo de obrigações negativas e positivas. A diferença entre direitos liberais e sociais é de *grau* e não de *substância*. Inclusive os direitos sociais geram deveres de abstenção uma vez implementados, ou seja, o Estado não pode deixar de cumprir com a prestação sendo vedado o retrocesso do direito. Por esse motivo, os direitos sociais também formam um complexo de obrigações positivas e negativas (ABRAMOVICH, COURTIS, 2002, p. 25).

Não há uma diferença genética ou estrutural entre direitos liberais e sociais. Todos os direitos exigem uma estrutura estatal, sendo assim, não existem direitos gratuitos, tampouco caros. Todos os direitos fundamentais são pretensões híbridas frente ao poder, se diferenciando quanto ao grau e não quanto à substância. Os direitos sociais são normas jurídicas e não bons conselhos ou meros programas de governo, as prestações constituem o núcleo dos direitos sociais e vinculam todos os poderes públicos (CARBONELL, 2005, p. 190-192).

Ocorre que, nos direitos sociais, a conduta prestacional do Estado constitui o núcleo substancial do Direito. Em muitos casos (v.g. educação) a intervenção do Estado tem lugar todas as vezes que o direito é exercitado, assim sendo, a inexistência da prestação estatal supõe a denegação do direito. Portanto, o tradicional critério *obrigações positivas* e *negativas* é ineficaz para diferenciar, conceitualmente, os direitos liberais dos sociais. Partindo desse pressuposto, Abramovich e Courtis identificam três níveis de obrigação estatal para com todos os direitos fundamentais: *respeitar, proteger e satisfazer* (2002, p. 25-29).⁴⁵

É forçoso mencionar que os direitos sociais são direitos. Esta afirmação, embora redundante, se faz necessária para refutar as teses reducionistas que sustentam que os direitos sociais são direitos de segunda categoria haja vista precisarem de reservas econômicas para o seu implemento. Como visto, os direitos

⁴⁵ O conteúdo dessas obrigações de respeitar, proteger e satisfazer corresponde aos seguintes deveres do Estado, respectivamente: não violar os direitos, tomar todas as medidas possíveis para que outros não violem os direitos e adotar medidas ativas para o pleno desfrute dos direitos (CARBONELL, 2005, p. 193).

sociais abarcam um campo de obrigações negativas e positivas, sendo assim, a necessidade de reservas orçamentárias também compõe os direitos sociais, mas não em sua totalidade.

As reservas econômicas são os meios mais característicos para se cumprirem muitas das obrigações positivas, principalmente no tocante a educação, a saúde e a habitação. No entanto, a ausência dessa característica não tem o potencial de desnaturar, juridicamente, os direitos sociais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 31-32). Inclusive, conforme Ferrajoli, a ausência de garantias não é apta para descaracterizar, do ponto de vista jurídico, um direito.

A diferenciação entre direitos liberais e sociais, exclusivamente pelo critério econômico, não pode ser mais aceita. Para Lora a proteção dos direitos civis e políticos também requerem custos financeiros. Portanto, a diferença entre direitos liberais e sociais não está na gratuidade dos primeiros.⁴⁶ Todos os direitos fundamentais necessitam, de alguma forma, de investimentos orçamentários. Assim sendo, os custos de satisfação de qualquer direito redundam em um custo de oportunidade (LORA, 2005, p. 259).⁴⁷

O que qualifica a existência de um direito social como direito pleno não é apenas a conduta cumprida pelo Estado, mas a existência de algum poder jurídico para pleiteá-lo judicialmente. Grande parte dos direitos sociais deriva da Constituição, sendo assim, a força normativa das normas constitucionais já se apresenta como um importante fundamento para levar a discussão aos tribunais. Ademais, pelo menos no Brasil, o *acesso à jurisdição* ou o *principio da inafastabilidade do Judiciário* é um direito fundamental (art. 5, XXXV CR/88).

⁴⁶ Para ilustrar essa afirmação, Sunstein e Holmes trazem à baila uma pesquisa demonstrando que no ano de 1992 o governo norte-americano gastou na proteção policial e no sistema penitenciário uma soma que ultrapassa setenta e três milhões de dólares, quantidade que excede o PIB de metade dos países do mundo (apud LORA, 2005, p. 258).

⁴⁷ Não há que se questionar a necessidade de recursos orçamentários no âmbito dos direitos liberais e sociais. No entanto, convém mencionar que a questão orçamentária aparece de modo diferente em cada categoria de direito fundamental. No que tange aos direitos liberais, os recursos orçamentários são destinados para a construção e manutenção de um aparato administrativo voltado a *garantir o pleno gozo do direito* (v.g. investimentos em segurança pública procuram garantir que o cidadão exerça o direito de propriedade e vida de forma plena). Na esteira de Locke, no estado de natureza a idéia de propriedade (direito a propriedade, vida, liberdade, etc.) existe, mas está constantemente em risco por não haver um superior comum que garanta “o meu e o teu”. O estado civil é concebido justamente como esse superior comum que vai garantir o pleno uso e gozo da propriedade, por meio de leis (gerais, abstratas e públicas), de um juiz (conhecido e imparcial) e de um aparato administrativo que execute as decisões judiciais. Dessa forma, o estado civil necessita de recursos orçamentários para garantir o uso e o gozo pleno do direito de propriedade. No que tange aos direitos sociais, os recursos orçamentários são destinados para a construção e manutenção de um aparato administrativo voltado a *prestar o direito* previsto constitucionalmente (v.g. o direito à saúde apenas é *satisfeito* se houver, por exemplo, postos de saúde equipados para prestar um adequado serviço de saúde ao cidadão. Lembrando que a satisfação do direito não se confunde com a existência normativa do direito).

Portanto, partindo da premissa que os direitos sociais são autênticos direitos e que existe a garantia de se levar ao judiciário toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, não merecem prosperar as teses que sustentam que os direitos sociais não passam de boas intenções ou poética constitucional.

Os direitos sociais, por abarcarem um plexo de obrigações muito vasto, são plenamente possíveis de ser justiciáveis. Muitas são as possibilidades de se reclamar judicialmente o cumprimento de algumas obrigações que derivam do direito. Existem três maneiras de justicialidade dos direitos sociais: 1) denúncia de não cumprimento de obrigações negativas; 2) controle do cumprimento de obrigações negativas e positivas; 3) cumprimento de obrigações positivas não cumpridas (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 36).⁴⁸

As obrigações dos poderes públicos em matéria de direitos sociais se encontram sintetizadas no artigo 2.1. do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC.⁴⁹

Cada um dos Estados-parte no Presente Pacto se compromete a adotar medidas especialmente econômicas e técnicas, tanto por si como por meio da assistência e cooperação internacional, até o máximo dos recursos que lhe disponha, para alcançar progressivamente, por todos os meios apropriados, inclusive, particularmente, pela adoção de medidas legislativas, a plena efetividade dos direitos aqui reconhecidos.

Tomando como base o trabalho interpretativo do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), Abramovich e Courtis enumeraram, para fins acadêmicos e sem qualquer pretensão de esgotar o tema, as obrigações genéricas dos Estados no tocante aos direitos sociais: 1) obrigações de tomar medidas imediatas; 2) obrigações de garantir níveis essenciais dos direitos; 3) obrigação de progressividade e proibição de retrocesso.

As obrigações de *tomar medidas imediatas* englobam a *adequação do marco legal*, o *dever de informação*, *vigilância* e *formulação de plano*, bem como a *provisão de recursos processuais efetivos*.

A *adequação do marco legal* consiste no dever de revogar todas as normas que de alguma maneira são contrárias às obrigações sociais do Estado. O *dever de informação* consiste em tornar público os níveis de implementação social, bem como

⁴⁸ Note-se que as hipóteses de controle judicial de políticas públicas, lançadas no primeiro capítulo, trabalham no âmbito dessas três maneiras.

⁴⁹ O Brasil é signatário desse Pacto (Decreto 591/92).

as áreas que carecem da ação estatal no âmbito social.⁵⁰ O *dever de vigilância* obriga o Estado a fiscalizar efetivamente se as prestações estatais estão sendo feitas corretamente, beneficiando a todos. A *formulação de plano* consiste no dever de formular políticas públicas voltadas ao implemento dos direitos sociais. Como o implemento dos direitos sociais é progressivo, deve o Estado formular um plano visando essa construção paulatina.⁵¹

A *provisão de recursos efetivos* consiste na formulação de instrumentos processuais que tornam justiciáveis os direitos sociais. A adequação de mecanismos processuais para a implementação dos direitos sociais exige: 1) esforço imaginativo para novas formas de utilização de mecanismos processuais tradicionais; 2) direitos sociais concebidos como autênticos direitos; 3) certo ativismo judicial; 4) novas leis processuais que sinalizem a um paradigma coletivo (v.g. ação civil pública) (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 46).

As *obrigações de garantir níveis essenciais dos direitos* é o ponto de partida da plena efetividade dos direitos sociais e o Comitê considera que elas derivam do artigo 2.1. do PIDESC. Conforme mencionado, os direitos sociais se caracterizam pela sua progressividade, sendo assim, existe uma obrigação mínima dos Estados. Cabe a cada Estado analisar o grau de satisfação de determinados direitos sociais, tomando medidas urgentes para alcançar os níveis mínimos exigidos ou evitando que esse mínimo retroceda. Para o Comitê, o PIDESC privilegia os direitos a uma alimentação mínima, ao ensino fundamental, a saúde básica e a habitação (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 46).⁵²

A *obrigação de progressividade* não consta apenas do PIDESC, mas também de outros tratados (v.g. Pacto de São Jose da Costa Rica). O artigo 2.1. do PIDESC trás a noção de progressividade dos direitos sociais, essa progressividade abarca dois sentidos complementares. De um lado a idéia de que a satisfação plena dos direitos sociais é *gradual*, de outro a idéia de *progresso*, ou seja, a obrigação estatal de melhorar as condições de gozo e exercício dos direitos sociais. Desse

⁵⁰ Esse dever de informação é de extrema importância para o controle judicial de políticas públicas.

⁵¹ Alguns tratados internacionais (v.g. art. 14 Pacto internacional dos direitos econômicos e sociais) determinam que os Estados-parte elaborem e executem, dentro do prazo de dois anos, um plano detalhado de ação para a implementação progressiva da educação primária. Outrossim, devem desenvolver uma estratégia e um plano de ação nacional voltado à saúde pública, devendo ser revisados periodicamente a partir de um processo participativo e transparente. O plano deve prever métodos, indicadores e bases de referência que permitam aferir os progressos realizados (ABRAMOVICH, COURTIS, 2002, p. 85).

⁵² O objetivo dessa pesquisa, ao trabalhar o controle judicial de políticas públicas no âmbito dos direitos sociais à saúde e à educação, além de almejar a garantia de um nível essencial desses direitos, procura garantir também a progressividade e lutar contra o retrocesso.

dever de progressividade é possível extrair algumas obrigações concretas passíveis de revisão jurisdicional, tal como a proibição do Estado adotar políticas ou sancionar leis que acarretem um prejuízo aos direitos sociais. Importante mencionar que a obrigação de progressividade traz em seu bojo a proibição do retrocesso (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 93-94).

A *proibição do retrocesso* agrega um novo critério para se aferir a proporcionalidade e a razoabilidade das leis. Ela fixa um critério de evolução histórica para os direitos sociais servindo como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Dessa forma, tanto o Executivo como o Legislativo, não podem piorar a regulamentação do direito social vigente, desde o alcance e amplitude de seu gozo. Dentro das possíveis opções de regulamentação, os poderes não podem tomar medidas desarrazoadas ou desproporcionais, bem como não podem eleger meios que importem em um retrocesso na situação de gozo dos direitos sociais vigentes. Portanto, a proibição de retrocesso constitui uma nova categoria de análise para o juízo de proporcionalidade (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 96-97).

Alguns obstáculos se apresentam para a justicialidade dos direitos sociais, quais sejam: a) indeterminação da prestação devida; b) falta de uma tradição cultural em se tutelar os direitos sociais, bem como em se controlar a constitucionalidade das leis; c) resistência do poder judiciário para resolver questões de aparência tipicamente política; d) ausência de mecanismos processuais adequados (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 11-12). É possível refutar todos esses obstáculos à luz do ordenamento jurídico brasileiro.

A *indeterminação da prestação devida*, mais do que um obstáculo ou uma patologia, é uma característica natural e sadia dos direitos sociais. Essa estrutura permite um maior campo de atuação dos poderes públicos visando à satisfação e proteção do direito. Reflexamente, a indeterminação da prestação concede ao cidadão uma ampla margem de exigência do direito. No entanto, convém registrar que os direitos sociais não decorrem do ato normativo e/ou política pública que determina a prestação devida, mas da própria norma constitucional aberta.⁵³

⁵³ O viés aberto da prestação devida visa incentivar todas as medidas aptas à implementação dos direitos sociais. É forçoso mencionar que a dificuldade na determinação da conduta devida não é exclusiva dos direitos sociais. Inúmeras disposições constitucionais suscitam problemas de linguagem sintomáticos a esse ramo do Direito público (v.g. igualdade, dignidade humana, intimidade, não-confisco, etc.) (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 124).

A *falta de tradição judicial em se tutelar os direitos sociais* ocorre, entre outros fatores, porque correntemente, ante a falta de direitos sociais, as pessoas preferem utilizar outros meios de luta (v.g. passeatas, protestos, etc.) muitas vezes por desconfiança no Judiciário e nos advogados. A única forma de romper com essa cadeia cultural - e o ordenamento pátrio está equipado para tanto - é incentivar os mecanismos de tutela coletiva e, sobretudo, incentivar o estudo constitucional (ABRAMOVICH, COURTIS; 2002, p. 129-130). A pressão política por parte da sociedade civil não pode acabar, mas a estratégia jurídica pode ser de grande valia para o implemento dos direitos sociais.⁵⁴

Existe uma grande *resistência do Judiciário em julgar temas de caráter político*, ou seja, *lides* onde estejam em jogo recursos orçamentários ou que afetam de alguma forma o perfil de políticas públicas, onde os juízes tendem a declinar da competência em favor dos órgãos políticos. A discricionariedade administrativa e a separação dos poderes são fatores de grande importância que os juízes constantemente se apóiam para não adentrar nas questões ditas “políticas”. Outrossim, somado à falta de um ativismo progressista por parte dos juízes, questiona-se até que ponto o processo judicial, guiado pela lógica vencedor e sucumbente, pode ser um meio idôneo para resolver um conflito onde estão presentes vários interesses individuais e sociais (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 127-128).

Essa tendência remonta, pelo menos no Brasil, a ancestrais fatores históricos, a uma concepção ultrapassada do princípio da separação dos poderes, bem como de uma incompreensão do modelo constitucional vigente. Ademais, não é possível estabelecer uma fronteira absoluta entre questões jurídicas e políticas. Muitos temas que hoje são tratados juridicamente já foram no passado considerados como políticos, igualmente, é possível juridificar uma questão de política pública (v.g. confrontar o grau de implementação dos direitos sociais com a soma de recursos financeiros disponíveis ou analisar a adequação de uma política pública) (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 128).⁵⁵

⁵⁴ Sobre o peso da estratégia jurídica para os movimentos sociais, vide UPRIMNY, Rodrigo. GARCIA-VILLEGAS, Maurício. SANTOS. **Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa**. Boaventura de Souza (org.). Vol.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

⁵⁵ O exame judicial se centra não necessariamente em uma conduta concreta a ser exigida pelo Estado. O Judiciário também pode analisar a adequação da política pública, assim, os juízes não substituem os poderes políticos na eleição concreta da política pública formulada, mas examinam a idoneidade dos meios eleitos para lograr a satisfação do direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 126).

Vale lembrar que a postura do Judiciário brasileiro, com o passar dos anos, vem adquirindo um caráter cada vez mais progressista, principalmente impulsionada pela Ação Civil Pública e pela hermenêutica constitucional dos direitos sociais. O Brasil passa pela experiência, jamais vista, de uma atuação do Judiciário em áreas de extrema relevância para o desenvolvimento do país, tais como, meio-ambiente, criança e adolescente, saúde e educação. Ademais, a preocupação com o contexto econômico e social se tornou uma importante pauta na atuação dos juízes.⁵⁶

Outro problema para a justicialidade dos direitos sociais é *a ausência de mecanismos processuais adequados*, tendo em vista que os mecanismos tradicionais foram pensados para tutelar os direitos individuais. Os direitos sociais possuem um caráter coletivo, dessa forma, muitas desigualdades são geradas quando do êxito de ações individuais que pleiteiam direitos sociais, pois ainda é mantido o não cumprimento de direitos idênticos, mas que não foram pleiteados judicialmente. O direito é dado legitimamente ao demandante, mas do ponto de vista do sistema ele não atende de uma forma adequada.⁵⁷

Alguns problemas processuais devem ser sanados para atender os conflitos envolvendo direitos sociais: 1) expansão da legitimação ativa e da participação no processo;⁵⁸ 2) medidas de tutela de urgência;⁵⁹ 3) meios eficazes de cumprimento das sentenças em face do Estado.⁶⁰ No Brasil, existem vários mecanismos processuais adequados a tutelar os direitos sociais, tais como a ação direta de inconstitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, o mandado de segurança coletivo, o mandado de injunção e a ação civil pública (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 129-130).

Portanto, refutados à luz do ordenamento jurídico brasileiro os obstáculos à justicialidade dos direitos sociais, basta agora uma melhor reflexão sobre a discricionariedade administrativa quanto às políticas públicas voltadas aos direitos sociais.

⁵⁶ Nesse sentido, vide SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 47-49.

⁵⁷ O grande número de ações individuais pode pressionar os poderes públicos para formularem políticas públicas, no entanto, essa estratégia além de morosa redundar em altos custos econômicos com os litígios. O manejo de ações individuais é legítimo, porém inadequado, pois é um instrumento processual tipicamente individual-liberal usado em uma matéria tipicamente coletivo-social. Por esse motivo é que as ações civis públicas devem ser melhor estudadas como veículos hábeis para a efetivação dos direitos sociais.

⁵⁸ Nesse ponto a teoria processual brasileira está bem avançada ao teorizar os autores ideológicos, mas ainda falta um merecido estudo processual sobre as audiências públicas judiciais (Lei 9.882/99, art. 6º, §1º).

⁵⁹ O processo civil brasileiro conta com o pedido de antecipação de tutela (art. 273 do CPC).

⁶⁰ O processo civil brasileiro conta com as multas cominatórias (art. 461, §4º do CPC).

3.8. Discricionariedade administrativa, garantismo jurídico e políticas públicas

No âmbito do controle judicial de políticas públicas, torna-se de extrema necessidade uma reflexão sobre o tema da discricionariedade administrativa, tendo em vista que é um dos argumentos mais utilizados pela jurisprudência - ao lado da separação dos poderes e da reserva do possível - para julgar o indeferimento do controle. Aqui não é o espaço para uma longa digressão sobre esse tema, que por si só mereceria um capítulo próprio, mas convém dedicar algumas linhas a respeito.

Na Idade Média e no Absolutismo, respectivamente pela *teoria da coroa* e pela *teoria do fisco*, a personalidade do “Estado” era dividida, possibilitando o controle de algumas decisões. Tais teorias figuraram na raiz do que na França do século XIX será chamado de *atos de império* e *atos de gestão* (CADEMARTORI, 2003, p. 177). Com as revoluções liberais, nomeadamente a Revolução Francesa, a lei adquire uma centralidade impulsionando novas construções teóricas em torno do controle das decisões do Estado.⁶¹ No entanto, um longo caminho foi percorrido até a hodierna construção do controle dos atos administrativos, vinculados e discricionários.

Atualmente, a doutrina pátria diferencia os *atos vinculados* dos *discricionários* do seguinte modo. Nos primeiros, a Administração não dispõe de nenhuma liberdade, tendo em vista que todos os aspectos do comportamento a ser adotado foram regulados *a priori* pela lei. Quanto aos atos discricionários, a lei concede ao administrador público certa margem de liberdade para decidir de acordo com as circunstâncias concretas do caso, deixando à cargo da Administração a aplicação de critérios próprios para avaliar ou decidir a forma que melhor satisfaz o interesse público que a norma legal procura realizar. Portanto, discricionariedade “é *liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal*” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 412).

A razão de ser da discricionariedade administrativa é o afã pelo melhor alcance da finalidade pública prevista na lei, tendo em vista que se procura evitar uma rígida decisão apriorística da norma. Por meio da discricionariedade, o

⁶¹ “La técnica del ‘reino de la Ley’, de la descomposición del magma ingerente e imponente del poder en una serie de competencias legales específicas, que hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la Ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia, encontrará un campo especialmente fértil en el funcionamiento de la Administración. [...] la Administración debe actuar dentro de los límites de la legalidad; la obediencia en este campo puede imponerse sólo ‘en nombre de la Ley’; los actos dictados contra la Ley deben ser anulados, pues ninguna otra razón jurídica que la Ley puede justificarlos” (ENTERRÍA, 2001, p. 181; 195).

interesse público previsto legalmente é buscado a partir de cada situação, haja vista que depositar no campo limitado da lei os possíveis meios de se buscar o interesse público, redundaria em um esvaziamento das inumeráveis maneiras de escolha para o alcance do disposto na norma. Assim, a discricionariedade decorre de um imperativo de eficiência na consecução do interesse público legal (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 106). Nesse sentido:

[...] é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 936).

Ao contrário do que possa aparecer, é justamente nos atos discricionários que se faz premente a atuação do Judiciário, tendo em vista a contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema legal, pois a liberdade sem responsabilidade é a ante-sala da arbitrariedade. Os atos discricionários podem ser controlados na *competência* e na *forma*, bem como a partir do *motivo*, da *finalidade* e da *causa* do ato (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 953; 955).⁶²

O Superior Tribunal de Justiça já prolatou decisão onde se posicionou pela sindicabilidade judicial do mérito administrativo, inclusive determinando a alocação orçamentária para o cumprimento da decisão:

STJ. Administrativo e processo civil. Ação civil pública. Ato administrativo discricionário: Nova visão. 1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recuso especial provido. Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa. [...] A alegação do Município de que enfrenta dificuldades financeiras, com falta de recursos necessários, segundo minha visão, é de absoluta impertinência, como também impertinente a visão do TJ/SP, ao proclamar em sede de embargos infringentes: “MENOR — Embargos infringentes interpostos contra acórdão proferido pela Câmara Especial, em recurso de

⁶² Segundo Bandeira de Mello, o motivo é *pressuposto objetivo* do ato, centrando-se nos elementos empíricos que conduziram ao agir administrativo. Na causa, *pressuposto lógico* é analisado a adequação lógica entre os motivos e o ato tomado, no âmbito da causa é que são aferidas a razoabilidade e a proporcionalidade. A finalidade, *pressuposto teleológico*, consiste na reflexão sobre o bem jurídico almejado pelo ato administrativo, ou seja, “é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados” (2007, p. 379-387).

apelação da Municipalidade de Santos. Ação civil pública, objetivando a criação de programa oficial de auxílio, orientação e tratamento de alcoólatras (sic) e toxicômanos. Conveniência e oportunidade do Poder Público. Ato discricionário da administração. Embargos infringentes acolhidos. É interessante observar que o relator, ao proferir o seu voto-vencedor deixou registrado: "Deve-se, ainda, relevar que a matéria envolve questões de orçamento e disponibilidade do erário público com dotação específica para implantação de meios para a efetivação das medidas pleiteadas. Tal ponto é de iniciativa do Executivo, sujeito a alterações pelo Legislativo, o que, como já dito, caso haja determinação do Poder Judiciário nesse sentido, haveria uma intromissão nos poderes administrativos do Executivo". (fl. 921) A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitorais e populares ou pela necessidade da sociedade local? [...] O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.⁶³

Dissertando sobre a discricionariedade administrativa, Cademartori, já com um enfoque garantista - mantém o âmbito de liberdade, fixado pela lei, do poder de escolha do administrador, no entanto, amplia o campo de controle jurisdicional da atuação da Administração, afirmando a possibilidade do juiz apreciar – jamais substituir – todos os atos administrativos, tendo como parâmetros a legalidade infraconstitucional e os direitos fundamentais. Quanto ao controle a partir destes últimos, salienta o autor que os direitos fundamentais possuem como diretriz política a primazia do administrado frente à Administração (2003, p. 180-181). No que se refere ao controle constitucional da Administração, caberá ao Judiciário analisar:

[...] os pressupostos de validade do ato (motivo, finalidade e causa), verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico-constitucional, do ato administrativo, com aquilo que, no caso concreto possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas (CADEMARTORI, 2003, p. 181).

Essa atuação judicial encarna uma *dimensão política* promovendo a centralidade da pessoa frente aos poderes públicos, bem como uma *dimensão de moralidade pública* ao compulsar o ato administrativo a partir dos conteúdos axiológicos dos direitos fundamentais (CADEMARTORI, 2003, p. 181).⁶⁴

⁶³ STJ. Resp 493.811/SP. Rel. Eliane Calmon.

⁶⁴ É importante mencionar que essa leitura ética do garantismo jurídico sempre foi muito controversa entre os teóricos do Direito. Ferrajoli, em sua última obra, afastou as possíveis leituras morais do garantismo. Segundo o autor italiano, o "constitucionalismo ético" deve ser afastado a partir da manutenção do postulado positivista de separação entre direito e moral. Ferrajoli não nega que muitas disposições legais possuem conteúdos morais, mas afasta a idéia de que a moralidade (ou a justiça) atribuída a uma norma implique necessariamente a sua validade, e que a juridicidade de uma norma (pertencimento a um ordenamento jurídico) implique necessariamente a sua moralidade. Citando Hart, Ferrajoli salienta que a separação entre direito e moral é considerada um fato que permite aos juristas uma maior clareza de idéias, conforme Hart, "*entenderemos por positivismo jurídico la afirmación simple de que en ningún sentido es necesariamente verdad que las normas jurídicas reproducen o satisfacen ciertas exigências de la moral, aunque de hecho suele ocurrir así*" (apud FERRAJOLI, 2006, p. 12-13).

Na perspectiva do controle da Administração a partir de princípios, Freitas leciona que os atos discricionários devem ser motivados, à semelhança e por analogia aos atos judiciais. O controle dos atos administrativos deve ser amplo, ademais, uma vez reconhecida a necessária vinculação principiológica dos atos discricionários, se torna possível, cientificamente e teoricamente, controlar os atos coibindo os desvios de poder (1995, p. 146).⁶⁵

Nesse diapasão, Germana Moraes aduz que a discricionariedade administrativa deve ser relida a partir de um direito composto por princípios e não apenas por regras:⁶⁶

Urge abandonar a antiga concepção de discricionariedade, plasmada sob a égide do “direito por regras”, em função do princípio da legalidade administrativa, e redefini-la, de acordo com os postulados do constitucionalismo da fase pós-positivista, a partir da nova noção do princípio da juridicidade e à luz da compreensão filosófica contemporânea do “direito por princípios” (1999, p. 37).

Dissertando sobre o cabimento da Ação Civil Pública para o controle da administração pública, Alonso Junior leciona que *“em havendo preterição de valores significativos ao Estado Democrático de Direito e a ‘conveniência e oportunidade’ administrativa contemplar valor insignificante no quadro valorativo dominante no seio social e normativo”*, caberá a ação coletiva (2005, p. 215).

Quanto à discricionariedade na formulação de políticas públicas, Frischeisen diz que o administrador público está plenamente vinculado ao dever de cumprir as normas constitucionais sociais. Dessa forma, não há discricionariedade na formulação de políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos sociais, ou seja, não há que se falar em conveniência e oportunidade, estando a Administração vinculada na sua escolha – não sendo a omissão uma escolha possível. Se há algum âmbito de discricionariedade, este se encontra nas opções dentre as diferentes formas para viabilizar a política pública, isso quando a Carta não determina uma forma específica (2000, p. 125).⁶⁷

⁶⁵ Quanto à necessidade de controle da Administração Pública no tocante às prioridades constitucionais e inclusive frente aos gastos públicos, Freitas desabafa: “É que nosso País insiste em praticar, em todas as searas, desperdícios ignominiosos de recursos. Não raro, prioridades não são cumpridas” (1999, p. 86).

⁶⁶ Convém registrar que a centralidade de análise dos princípios jurídicos, no atual modelo jurídico-político, foi impulsionada por Ronald Dworkin. Vide DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1984.

⁶⁷ A autora concebe duas hipóteses para o controle judicial de políticas públicas via Ação Civil Pública: controle na omissão e controle na razoabilidade (adequação). Nesse sentido: “O não agir (omissão) ou a ação de forma não razoável para atingir a finalidade constitucional, constitui desvio de finalidade e contraria o devido processo legal, que rege as obrigações da Administração em contrapartida aos direitos dos cidadãos a prestações positivas do Estado, sendo passível de controle judicial, através da ação civil pública, proposta pelo Ministério Público” (FRISCHEISEN, 2000, p. 149).

No âmbito do Estado constitucional, qualquer rigidez no campo da discricionariedade administrativa deve ser evitada. Já se fala paralelamente ao controle da *legalidade* dos atos administrativos, em um controle da *legitimidade* dos mesmos. No âmbito da legitimidade, encontra-se o controle no que tange aos *conceitos jurídicos indeterminados* (urgência, interesse público, etc.) cabendo ao juiz promover um sentido ao caso concreto visando possibilitar o controle da legitimidade do ato.⁶⁸ O controle com base na proporcionalidade e na razoabilidade também se encontra no âmbito da legitimidade (FERREIRA, 1997, p. 584).⁶⁹

Na esteira de Canotilho, dissertando sobre o controle judicial de políticas públicas, Bercovici parte do pressuposto de que o artigo 3º da Constituição brasileira figura como um verdadeiro programa de ação e legislação. Dessa forma, as políticas públicas devem se conformar formal e materialmente com as finalidades constitucionais. Do ponto de vista material, deve haver uma conformidade teleológica entre os atos do poder público e os fins expressos na Constituição. A discricionariedade legislativa e administrativa encontra-se circunscrita pelas finalidades constitucionais. Destarte, a política deixa de ser um espaço pleno de liberdade dos poderes públicos e o cumprimento da Constituição deixa de ser uma mera faculdade:

[...] o legislador e o administrador continuam com sua liberdade de elaborar as normas e definir as políticas públicas, mas não podem menosprezar contrariar ou substituir os fins expressos (sic) no texto constitucional. [...] Com a inconstitucionalidade material não se contesta o primado do legislador (ou da política), mas a idéia de que se pode dispor livremente da Constituição. É inconstitucional qualquer política que atente contra os fins determinados na Constituição de 1988, [...] a menos que consideremos como algo que pode ser cumprido aleatoriamente, a bel-prazer dos detentores do poder (BERCOVICI, 2001, p. 100;102;103).

O Estado liberal caracteriza-se pelo individualismo, pela proteção do setor privado, pela garantia da liberdade e pela função conservadora. O Estado social, ao revés, se caracteriza pela igualdade e pela justiça social. No entanto, muito embora os avanços impulsionados pelo Estado social, a satisfação dos direitos sociais tem sido buscada, em grande parte, através da simples ampliação dos espaços de discricionariedade dos aparatos burocráticos - espaço adequado para os grupos de

⁶⁸ Conforme Moraes, “*Seja a indeterminação conceptual derivada da imprecisão ou da contextualidade da linguagem, em qualquer das duas hipóteses, cabe ao intérprete e aplicador do Direito enunciar sempre o significado exato das palavras e expressões em cada caso concreto, [...]*” (1999, p. 57).

⁶⁹ “[...] diante de uma aparente legalidade extrínseca, na verdade esteja em face de uma grande injustiça, de um procedimento administrativo desarrazoado, ilógico, contrário à técnica, à economicidade, à logicidade, que são parâmetros do controle jurisdicional, neste campo específico da chamada legitimidade” (FERREIRA, 1997, p. 584).

pressão - proliferando discriminações e privilégios na maioria das vezes incontroláveis. Dessa forma, se faz necessário teorizar um Estado social de Direito caracterizado por concessões e, sobretudo, por obrigações, vinculando os poderes públicos por meio de direitos taxativamente estabelecidos (FERRAJOLI, 1998, p. 862-863).

Para Ferrajoli, o campo de discricionariedade política em matéria de direitos fundamentais é a política social. Segundo o autor, os direitos liberais (proibições de lesar, em regra), possuem seus *limites* determinados pela lei, mas seus *conteúdos* não, tendo em vista que, dentro daqueles limites, são infinitos e indefinidos os atos que constituem seu exercício. Já os direitos sociais (obrigações de fazer, em regra), pelo contrário, possuem seus *conteúdos* predeterminados legalmente (saúde, educação obrigatória, enfim, o mínimo vital),⁷⁰ mas não seus *limites* e sua *medida*, pois estes dependem do desenvolvimento social e econômico de cada país (2006, p. 94).⁷¹

Assim sendo, cada categoria de direito reserva à política um espaço diferenciado. *Virtualmente mínimo* para os direitos liberais, por serem predeterminados legalmente em seus limites; *inevitavelmente máximo* quanto aos direitos sociais, pois indeterminados em sua medida, exceto no que tange à obrigação de satisfazer e proteger os conteúdos mínimos (FERRAJOLI, 2006, p. 94-95).

Aliando essa análise com a concepção formal dos direitos fundamentais, é possível colher que a característica da *indisponibilidade passiva* define os limites da esfera de decisão política. Assim, no tocante aos direitos sociais, eles circunscrevem os temas que não podem deixar de ser decididos. Dessa forma, a discricionariedade quanto à *medida* dos direitos sociais não se aplica no que se refere ao *dever prioritário* de satisfazê-los e protegê-los, bem como em relação aos conteúdos

⁷⁰ A afirmação de Ferrajoli que os conteúdos dos direitos sociais já estão definidos mostra-se deveras simplista. Não se questiona, por exemplo, o direito à saúde, nesse ponto o conteúdo já está fixado, mas existem inúmeras hipóteses de políticas públicas diversas no campo da saúde (v.g. saúde infantil, saúde senil, saúde preventiva, atendimento de urgência, etc.). Dessa forma, o conteúdo geral dos direitos sociais está fixado na Carta, mas seus múltiplos desdobramentos não.

⁷¹ Ferrajoli entende o “mínimo vital”, em seu conteúdo, como um tema pré-fixado pela Constituição. Ocorre que nem sempre é assim, pois a definição desse mínimo envolve intensas discussões, prova disto é possível citar o debate sobre as “teorias da justiça”. Nesse sentido, vide RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 2002; CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999; TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: **Revista de Direito Administrativo**. Jul./Set. 1989. Rio de Janeiro. Barcelos, a partir da Constituição brasileira, sustenta que a concretização do mínimo existencial deve incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos necessitados e o acesso à justiça (2002, p. 305).

mínimos. Outrossim, a Administração está plenamente vinculada aos postulados de dever de progresso e de vedação do retrocesso.

Conforme Ferrajoli existe um grau inevitável de discricionariedade que é próprio ao exercício de qualquer poder, assim, no *espaço autônomo da política*, o administrador público goza de ampla discricionariedade. No entanto, não se pode olvidar que os direitos fundamentais, enquanto limites e vínculos substanciais, delimitam esse espaço autônomo da política (2006, p. 93; 96).

Assim sendo, a partir da teoria garantista, é possível sustentar que não existe discricionariedade quanto ao *dever prioritário* de satisfação e proteção dos direitos fundamentais sociais, nomeadamente em seu mínimo. A Administração Pública está vinculada aos direitos sociais, não havendo qualquer juízo de conveniência e oportunidade quanto ao dever de atender com prioridade esses direitos.

A Constituição não concede uma faculdade em satisfazer e proteger os direitos sociais. Pelo contrário, determina o dever de fazê-lo como uma prioridade de governo, seja qual for a flâmula partidária. A decisão administrativa está limitada pelos direitos liberais e vinculada pelos direitos sociais, se há uma discricionariedade (*espaço autônomo da política*) ela se deposita apenas na escolha dos meios para melhor atingir o fim sinalizado na norma constitucional. Não há discricionariedade no *dever de cumprir*, enquanto prioridade, a Constituição, mas apenas nas diferentes *maneiras de cumprir* esse desiderato.

A democracia substancial procura maximizar as expectativas materiais dos cidadãos por meio da correspondente expansão das obrigações públicas de satisfazê-las. A democracia substancial, por força do Estado social, exige mecanismos voltados à satisfação *lato sensu* dos direitos sociais, pois eles vinculam a ação do Estado circunscrevendo os temas que *não podem deixar de ser decididos* (FERRAJOLI, 1995, p. 860).

Portanto, por imposição constitucional, a Administração Pública tem como *dever prioritário* - podendo ser obrigada - a proteção, o respeito e a satisfação dos direitos fundamentais sociais, nomeadamente os direitos à saúde e à educação. O administrador público tem o dever de formular ações e programas adequados visando à satisfação e à proteção dos direitos fundamentais sociais. O conjunto

dessas atividades é definido por políticas públicas.⁷² Tal dever, conforme visto nos itens 3.3. e 3.4., é um imperativo de legitimidade do Estado de Direito, ademais, compete a todas as funções do poder público velar pela tutela dos direitos sociais. Portanto, uma vez omissa a Administração,⁷³ pode ela ser compelida judicialmente a decidir aquilo que, por dever constitucional, não foi decidido.

⁷² BARCELOS, Ana Paula de. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <[http: www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>, acesso em 08.02.2007.

⁷³ Omissão no sentido de ausência de política pública, bem como de insuficiência, ineficácia e inadequação da política pública já formulada.

4. LIMITES E POSSIBILIDADES FÁTICOS DA DECISÃO JUDICIAL DE CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: RESERVA DO POSSÍVEL E ORÇAMENTO PÚBLICO

Conforme visto no primeiro capítulo, a política pública pode ser entendida a partir das duas éticas weberianas. A base constitucional, representada pelos direitos fundamentais, estaria para a *ética da convicção* e a análise das possibilidades fáticas, bem como o juízo de adequação entre meios e fins, para a *ética da responsabilidade*. Qualquer decisão judicial que pretenda controlar uma política pública deverá, necessariamente, se pautar por essas duas éticas.

No capítulo anterior, o garantismo jurídico foi trabalhado explicitando-se seu potencial teórico para justificar o controle de políticas públicas, assim sendo, um suporte de ética de convicção restou ofertado. Neste capítulo, a partir da análise dos limites e possibilidades fáticos da decisão judicial - abordando-se o argumento da reserva do possível e as medidas judiciais que repercutem no orçamento público - pretende-se fornecer uma base de *ética de responsabilidade* ao controle judicial de políticas públicas.

Quanto ao orçamento público, é importante mencionar que nesse trabalho a proposta não é resumir o controle judicial de políticas públicas como um controle constitucional da lei orçamentária. Conforme dito no capítulo primeiro, o controle judicial de políticas públicas tem como objeto a *decisão administrativa*. Ocorre que, no caso das políticas públicas, principalmente as de longo prazo, a decisão administrativa se manifesta materialmente nas leis orçamentárias.¹ Portanto, por um imperativo de ética de responsabilidade, no controle judicial de políticas públicas cabe ao juiz analisar os limites e possibilidades fáticos do cumprimento da decisão judicial, o que conduz inevitavelmente ao estudo das leis orçamentárias. É de pouca valia uma decisão judicial longamente fundamentada, mas não cumprida. Esse último capítulo procura justamente evitar tal situação.²

¹ Convém mencionar que a política pública se manifesta na alocação orçamentária, mas não se resume a ela.

² É importante mencionar que a decisão que unicamente se funda na Constituição, determinando que a Administração Pública faça, não é uma decisão ilegítima. A análise das possibilidades fáticas para o cumprimento da decisão visa enfatizar a responsabilidade do juiz na hora de decidir, bem como equipar a decisão com um ferramental argumentativo voltado às questões orçamentárias e com isso aumentar seu potencial de cumprimento.

4.1. A reserva do possível

O objetivo desse item não é uma longa digressão sobre o conceito de reserva do possível. Buscar-se-á apenas delimitar a maneira que esse trabalho concebe a reserva do possível. Desde já convém registrar que essa investigação não trata a reserva do possível como um limitador intrínseco à satisfação dos direitos sociais, mas sim como um recurso possibilitador para a satisfação desses direitos fundamentais.

A reserva do possível não deve ser concebida como um limite imanente da dimensão positiva dos direitos sociais. A escassez dos recursos não deve ser vista como um dado de realidade que condiciona a definição normativa do direito, tampouco a reserva do possível deve significar a apreciação da escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito. A reserva do possível como limite imanente dos direitos sociais parte do pressuposto de que os recursos são naturalmente escassos, o que não é verdade (OLSEN, 2006, p. 198).

A escassez dos recursos orçamentários não é natural, mas artificial, ou seja, a satisfação do direito depende de uma decisão política no sentido de maior destinação de recursos orçamentários. Nenhum direito social nasce limitado pela reserva do possível, pois a escassez de recursos financeiros é artificial, produto da escolha realizada pelos poderes públicos.

A prova desta artificialidade está no fato de que quando existem muitas decisões judiciais determinando o fornecimento de certo medicamento, o Estado acaba por se organizar para promover uma dotação orçamentária capaz de suprir esta necessidade, este remédio passa a ingressar na lista daqueles que obrigatoriamente devem ser fornecidos gratuitamente a toda a população (OLSEN, 2006, p. 202).

Pois bem, uma vez refutada a tese que sustenta a reserva do possível como um limite imanente ao direito e afirmada a escassez artificial dos recursos orçamentários, é forçoso analisar a raiz histórica da reserva do possível visando uma melhor compreensão.

O primeiro registro do uso jurisprudencial da reserva do possível foi no Tribunal Constitucional Alemão (TCA) no caso BverfGE 33, 303 (*numerus clausus*).³ A *lide* tratava-se sobre a possibilidade de aumento de vagas nas universidades de medicina. Aqui não é o espaço para se relatar toda a decisão do TCA, mas é forçoso

³ A decisão do TCA pode ser encontrada no compêndio organizado por Leonardo Martins sobre os cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, publicado pela Fundação Konrad Adenauer Stiftung, Uruguai, p. 656-666.

registrar que a decisão do TCA fixou dois parâmetros de reflexão para os casos de exigência de direitos fundamentais, nomeadamente os sociais: 1) exigência racional de direitos; 2) averiguação dos reais esforços do Estado na satisfação e proteção dos direitos fundamentais.

Quanto à exigência racional de direitos, cabe aos cidadãos exigirem aquilo que razoavelmente podem esperar da sociedade. Assim sendo, a reserva do possível adquire uma *dimensão jurídica* no sentido da satisfação dos direitos fundamentais dentro de um padrão de razoabilidade e proporcionalidade, bem como uma *dimensão fática* no sentido de observância da realidade, como, por exemplo, a existência de recursos orçamentários e de sua razoável e proporcional alocação.⁴ Há que se apreciar por qual razão não existem recursos orçamentários suficientes para a satisfação e proteção dos direitos sociais e controlar a constitucionalidade desta razão a partir dos vínculos internalizados nos direitos sociais e por meio das prioridades e cotas orçamentárias mínimas destinadas a esses direitos (BARCELLOS, 2002, p. 236; OLSEN, 2006, p. 228).

Ademais, assim como o pedido judicial deve ser possível, determinado ou determinável, pois *“Pleitear o impossível, se não gera a impossibilidade jurídica do pedido, torna-o patético, sem seriedade”*, da mesma forma ocorre com a decisão judicial, que necessariamente deve enquadrar-se nas margens do possível, do razoável e do proporcional (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 210).

“Ninguém pode querer o utópico”, a conjuntura econômica do Brasil não possibilita o atendimento de todas as carências instantaneamente. No entanto, o Brasil, infelizmente, é rico em ocorrências denunciando o mau uso do dinheiro público em investimentos que pouco ou nada se referem às prioridades constitucionais.⁵ A reserva do possível no sentido de aferição dos reais esforços do Estado para a satisfação dos direitos é uma importante ferramenta para conter esse mau uso do dinheiro público (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 210).

⁴ Impende mencionar que a exigência racional pode ser estendida a todos os direitos fundamentais. O direito à propriedade e a vida, por exemplo, são garantidos mediante políticas de segurança pública. A vida e a propriedade são direitos fundamentais dos indivíduos, isso não há que se duvidar, mas não é razoável e proporcional que um indivíduo pleiteie judicialmente, por exemplo, a destinação de uma viatura policial por rua ou a destinação de um policial por casa.

⁵ *“Figure-se que a Administração de pequena cidade, carente de investimentos em setores prioritários, como educação básica e infra-estrutura em água e esgoto, venha a comprometer o erário em obra de mero embelezamento: embora para tal realize prévia concorrência, com observância dos quesitos legais, o ato se mostrará inobstante, vulnerável sob os prismas da oportunidade, da moralidade administrativa, da defesa do erário, e, em suma, no tocante à sua legitimidade substancial, como um todo”* (MANCUSO, 2001, p. 723).

Quando o TCA construiu a tese da reserva do possível ele estava buscando aferir os limites racionais de exigência de direitos, mas também procurava constatar o grau de cumprimento dos deveres estatais para com os direitos fundamentais. Dessa forma, a reserva do possível, em sua gênese, não foi construída como uma máxima absoluta e irracional voltada à inexigibilidade dos direitos fundamentais. Essa concepção é produto da recepção equivocada da reserva do possível pela jurisprudência brasileira.

O TCA considerou a escassez de recursos e o orçamento público, mas não como um dogma absoluto, ou seja, um limite intransponível e imanente para a satisfação dos direitos fundamentais, pelo contrário, o TCA discutiu criticamente a questão orçamentária. Para o TCA, ao contrário do Judiciário pátrio, os direitos fundamentais não vigem sob a sombra de uma “reserva do possível”. No Brasil, a reserva do possível não foi utilizada para aferir o grau de esforço do Estado no cumprimento dos deveres constitucionais, tampouco visando constatar as reais possibilidades de aumento de alocação orçamentária para a máxima satisfação dos direitos fundamentais.⁶ A ausência de debate em torno da reserva do possível conduziu à aceitação acrítica da inexigibilidade dos direitos sociais (BARCELLOS, 2002, p. 237).

A mera alegação de falta de recursos financeiros não deve obstar a decisão judicial. A alegação de escassez dos recursos orçamentários não deve ser pré-compreendida como um impedimento absoluto à satisfação do direito. Ademais, a demonstrada insuficiência de recursos orçamentários para o cumprimento integral de uma política pública não deve levar à conclusão da impossibilidade em se dar início à política pública (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 74). O magistrado não pode se sentir incapaz quando a Administração Pública afirma já existir aplicação no setor carente ou não existir recurso orçamentário para tanto. Conforme Alonso Junior, “*entre o irrealizável e o que se realiza atualmente existe um campo propício de atuação para a ação civil pública*” (2005, p. 211).

A escassez de recursos deve ser demonstrada e não se apresentar como um argumento absoluto *a priori* para a não satisfação dos direitos fundamentais. Segundo Alonso Junior “*Aquela conhecida argumentação de inexistência de recursos ou falta de previsão orçamentária deverá ser trazida aos autos*

⁶ Analisando a jurisprudência pátria, é possível notar que recentemente algumas decisões passaram a romper com a equivocada recepção da reserva do possível.

documentalmente e confrontada na instrução com outras provas". Para George Marmelstein Lima:

[...] as alegações de negativa de efetivação de um direito social com base no argumento da reserva do possível devem ser sempre analisadas com desconfiança. Não basta simplesmente alegar que não há possibilidades financeiras de se cumprir a ordem judicial; é preciso demonstrá-la. O que não se pode é deixar que a evocação da reserva do possível converta-se "em verdadeira razão de Estado econômica, num AI-5 econômico que opera, na verdade, como uma anti-Constituição, contra tudo o que a Carta consagra em matéria de direitos sociais (apud, FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 74).

Existem duas formas de se conceber a reserva do possível. Como cláusula supralegal de descumprimento da Constituição, quando a reserva do possível é tida como um limite imanente aos direitos fundamentais. Também, como responsabilidade na satisfação dos direitos fundamentais, partindo de uma consistente análise das possibilidades orçamentárias e de um diálogo - e não enfrentamento - entre as funções do poder.⁷ A questão orçamentária deve ser analisada casuisticamente, assim, torna-se necessário distinguir o tipo de política pública que está sendo decidida (FREIRE JÚNIOR, 2005, p. 75; 76).

Ademais, o argumento da reserva do possível deve ser utilizado no controle judicial de políticas públicas como uma necessária análise dos esforços que o Estado está empreendendo para a satisfação e proteção dos direitos fundamentais.

O dever de progressividade e a proibição de regressividade retratam que a satisfação dos direitos sociais é paulatina. Dessa forma, cabe ao Estado justificar o porquê não faz progredir ou o faz muito lentamente e o porquê deixou retroceder (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 79-80). Este dever de justificação altera a lógica da *reserva do possível*, fazendo com que a alegada falta ou insuficiência de recursos financeiros não se torne uma verdade *prima facie*. Inclusive, o dever de justificação do Estado fundamenta a inversão do ônus da prova no controle judicial de políticas públicas.

Conforme visto no capítulo anterior, a partir do PIDESC, entre as obrigações de *tomar medidas imediatas*, se encontra o *dever de informação*. O *dever de informação* consiste em tornar público os níveis de implementação social, bem como as áreas que carecem da ação estatal no âmbito social (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 45).

⁷ Aqui convém relembrar que a política pública deve ser entendida como uma *coordenação* entre os poderes públicos (BUCCI, 2006, p. 44).

Dissertando sobre o dever de informação, Carbonell leciona que tal obrigação é deveras importante para o caso dos direitos sociais - especialmente direitos à saúde, educação e habitação - tendo em vista o montante considerável de recursos financeiros que muitas vezes “*geram grandes zonas de escuridão*” no funcionamento da administração pública. O dever de informação faz possível mensurar o *quantum* está sendo utilizado e se as metas estão sendo alcançadas (CARBONELL, 2005, p. 202).

O dever de informação e publicidade, decorrentes do PIDESC, aliado ao dever de justificação dos atos e omissões do governo, podem fornecer importantes parâmetros para o controle de políticas públicas, possibilitando aferir se de fato está ocorrendo o maior investimento possível e se todos os esforços estão sendo tomados. Igualmente, promovem uma transparência na gestão dos direitos sociais, proporcionando um debate substancial sobre o tema (CARBONELL, 2005, p. 199-203). Portanto, é possível demonstrar que existem alternativas para a satisfação dos direitos sociais, mas o poder público, por qualquer motivo, não está usando-as.

A reserva do possível conduz ao debate acerca dos elementos não propriamente jurídicos na satisfação dos direitos fundamentais, pois uma sofisticada hermenêutica é de pouca valia frente à ausência de recursos orçamentários. Dessa forma, torna-se premente uma reflexão sobre a *atividade financeira do Estado* a partir das finalidades e vínculos constitucionais. A constitucionalização do Direito financeiro faz com que a *despesa pública* seja concebida como um meio para se atingir os objetivos e prioridades fixados na Constituição.

A atividade financeira do Estado deve estar vinculada à Constituição quanto à forma e sobretudo quanto à matéria (finalidades, vínculos e prioridades).⁸ Da mesma forma, é fundamental que o controle judicial de políticas públicas pressuponha uma análise da limitação dos recursos orçamentários. Não pode o magistrado olvidar os limites materiais quando determina a satisfação do direito (BARCELLOS, 2002, p. 236-245). Nesse sentido

A reserva do possível não pode num país, como o nosso, especialmente em relação ao mínimo existencial, ser compreendida como uma cláusula obstaculizadora, mas, antes, como uma cláusula que imponha cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial (CLÈVE, 2003, p. 160).

⁸ Para Barcellos, o mínimo existencial (educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e acesso à justiça) é o fim prioritário dos gastos públicos. “*Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverão investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível*” (p. 246; 247-302).

Portanto, a reserva do possível deve ser entendida como um mecanismo voltado à mensuração dos reais esforços empreendidos pelo Estado na satisfação dos direitos fundamentais, bem como das potencialidades disponíveis para a satisfação e proteção dos direitos (v.g. disponibilidade de caixa). Nesse diapasão, no controle judicial de políticas públicas a questão orçamentária passa a adquirir uma centralidade de análise, ou seja, as possibilidades, os limites orçamentários e as regras e princípios de Direito financeiro devem ser compulsados.

A análise orçamentária a partir do Direito Financeiro adquire as seguintes funções: 1) enfatizar a responsabilidade do magistrado ao decidir; 2) promover um conhecimento real da situação orçamentária; c) aumentar o potencial de cumprimento da decisão judicial. Dessa forma, doravante será feito um estudo sobre o orçamento público como meio de satisfação dos direitos fundamentais. Nesse sentido:

[...] Para a compreensão das políticas públicas é essencial compreender-se o regime das finanças públicas. E para compreender estas últimas é preciso inseri-las nos princípios constitucionais que estão além dos limites ao poder de tributar. Elas precisam estar inseridas no direito que o Estado recebeu de planejar o desenvolvimento nacional, que inclui e exige a efetivação de condições de exercício dos direitos sociais pelos cidadãos brasileiros (LOPES, 1994, p. 133).

A dificuldade de cumprimento da decisão judicial tendo em vista as repercussões orçamentárias não pode ser concebida como um argumento impossibilitando a justicialidade das políticas públicas. A questão orçamentária precisa ser enfrentada pelo julgador, consequentemente pelo pesquisador em políticas públicas (ALONSO JUNIOR, 2005, p. 218).

4.2. Teoria garantista, reservas orçamentárias mínimas e dever de progresso.

A escassez dos recursos orçamentários é artificial, dependendo, portanto, da decisão administrativa optando pelas prioridades. Conjugando esse dado com a teoria garantista, é possível extrair que a liberdade de decisão do administrador público não é ampla e irrestrita, mas deve pautar-se pelos temas que *não podem deixar de ser decididos* (direitos sociais). Diante da finitude dos recursos financeiros nasce a dúvida a respeito de quais temas devem ser priorizados. A Constituição elege alguns temas prioritários que não podem deixar de ser decididos (direitos

sociais, nomeadamente saúde e educação) e a legislação outros. Por óbvio que em havendo conflito entre essas instâncias devem prevalecer as pautas constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988 é rica na fixação de temas que não podem deixar de ser decididos, vinculando não apenas o legislador, mas também o administrador e o juiz. Ante o recorte feito por essa pesquisa, os direitos fundamentais em debate são apenas os direitos referentes à saúde e à educação.

No tocante a esses direitos (saúde e educação) a Constituição brasileira foi explícita ao erigi-los como autênticos direitos subjetivos plenamente exigíveis judicialmente, bem como expressando temas vinculantes aos poderes públicos. Silva é categórico em dizer que as normas programáticas, a partir do art. 5º, §1º, são de eficácia imediata dentro das possibilidades reais existentes. De igual maneira, vinculam as decisões dos poderes políticos.

Então, em face dessas normas, que valor tem o disposto no §1º do art. 5º, que declara todas de aplicação imediata? **Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento.** Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes. [...] Em conclusão, as normas programáticas têm eficácia jurídica imediata, direta e vinculante nos casos seguintes: I – estabelecem um dever ao legislador ordinário; II – **condicionam a atividade discricionária da Administração e do Judiciário**; (2004, p. 164-165). Grifo acrescentado

Ademais, explicitando a opção pela prioridade desses direitos fundamentais, o constituinte tratou de fixar cotas orçamentárias **mínimas** para a satisfação e proteção desses direitos (artigos 198, §§ 2º e 3º e 212 da Constituição brasileira).

No que tange as cotas orçamentárias mínimas para a proteção e satisfação dos direitos fundamentais, Ferrajoli leciona:

Sobre todo, en fin no hay duda de que muy bien podrían elaborarse nuevas técnicas de garantía. Nada impediría, por ejemplo, que constitucionalmente se establecieran cotas mínimas de presupuesto asignadas a los diversos capítulos de gastos sociales, haciendose así posible el control de constitucionalidad de las leyes de financiación estatal (2001, p. 51).⁹

Nesse sentido, na esteira garantista, é possível afirmar que o Poder Judiciário tem legitimidade para controlar a atividade administrativa no que tange à

⁹ Sobretudo, enfim, não existe dúvida de que bem poderiam ser elaboradas novas técnicas de garantia. Nada impediria, por exemplo, que constitucionalmente se estabelecessem cotas mínimas de orçamento consignadas aos diversos capítulos de gastos sociais, fazendo possível o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. (Tradução livre)

distribuição de recursos públicos em contrariedade com os vínculos e prioridades constitucionais.

O óbice orçamentário e de se tratar de interferência do Poder Judiciário na discricionariedade do administrador público também não procedem. [...] Com efeito, o Poder Judiciário **deve** analisar a destinação de recursos públicos que desconsideram a **prioridade absoluta** prevista no ECA, reordenando e exigindo que os investimentos públicos sejam feitos em conformidade com a Constituição Federal.¹⁰ (grifos no original)

O Brasil, ao aderir ao Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), por força do artigo 2.1. comprometeu-se em adotar medidas econômicas e técnicas até o máximo dos recursos disponíveis e por todos os meios apropriados, visando alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos fundamentais, entre eles a saúde e a educação (dever de progresso). É importante mencionar que esse dever de progresso implica também o *dever de informação*, ou seja, compete ao administrador público informar e demonstrar os esforços empreendidos para a satisfação dos direitos (ABRAMOVICH; COURTIS, p. 81-83).

O magistrado tem às mãos um aparato teórico e normativo para controlar a Administração no tocante às políticas públicas referentes aos direitos sociais à saúde e à educação. Para tanto, a análise orçamentária no controle judicial de políticas públicas deve pautar-se por três premissas que devem ser combinadas:

1. Teoria garantista;
2. Reservas orçamentárias mínimas;
3. Dever de progresso na satisfação e proteção dos direitos sociais.

Pela teoria garantista, como visto no capítulo anterior, os direitos sociais são concebidos como *temas que não podem deixar de ser decididos*, portanto, vinculam a decisão do Administrador Público quando da decisão de alocar recursos orçamentários, não podendo deixar de decidir sobre esses direitos incluindo-os como deveres prioritários ao Estado. O *princípio do Estado social* consiste justamente na máxima de que *nem sobre tudo se pode deixar de decidir*.

Pelas reservas orçamentárias mínimas (direito à saúde e à educação), o magistrado possui um parâmetro jurídico-constitucional para controlar a alocação orçamentária.

¹⁰ Decisão liminar em Ação Civil Pública sob o n.º 038.03.008229-0, p. 30; 32-33. Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa, Vara da Infância e Juventude, Comarca de Joinville, Estado de Santa Catarina.

Pelo dever de progresso, o Judiciário conta com um suporte normativo que impõe ao Estado o dever de atuação progressiva e maximização na satisfação dos direitos sociais, possibilitando que o magistrado decida no sentido de determinar o aumento da alocação orçamentária nos temas constitucionais prioritários.

4.3. Notas sobre Direito Financeiro

O objetivo desse tópico é trabalhar apenas com alguns conceitos do Direito Financeiro que sejam funcionais para o estudo do controle judicial de políticas públicas.

Inicialmente se torna necessário um resgate histórico do Direito Financeiro e do orçamento público. A idéia de cofres públicos é tão ancestral quanto o tributo, portanto é preciso um recorte histórico visando uma melhor análise. Nesse trabalho será analisado o surgimento do Direito Financeiro após a Revolução Francesa.

Por ter representado mais que uma troca de figuras do poder e inaugurar “uma nova fase da história humana”, a Revolução Francesa adquiriu um conteúdo simbólico e até messiânico (ENTERRÍA, 2001, p. 17-47).

Por meio da Revolução, a última luz do Antigo Regime foi apagada, concebendo-se um novo modelo político, cultural e jurídico. Acreditava-se que estava sendo inaugurada uma nova etapa da história do homem. Uma ruptura absoluta com o Antigo Regime e o surgimento de uma nova humanidade. Segundo Enterría, a Revolução Francesa fez aquilo que só as revoluções religiosas tinham feito (2001, p. 25).

Toda troca política traz consigo um reflexo léxico, com a Revolução Francesa não foi diferente, pelo contrário, ela inaugurou uma nova “*língua dos direitos*”. Através da Revolução toda a representação do mundo social e coletivo mudou substancialmente. A Revolução Francesa foi um embate lingüístico, as palavras foram o principal canhão.¹¹ A Revolução foi uma competição de discursos pela apropriação da legitimidade (ENTERRÍA, 2001, p. 39).

Com a Revolução Francesa, a língua do poder se apropriou da língua do Direito agregando-lhe uma considerável expressão revolucionária. A nova língua do Direito era diferente da língua do Direito civil da tradição romana. A nova língua tinha

¹¹ Segundo o autor “*Quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política dominante, puesto que su discurso pasa a ser el discurso autorizado, o más propriamente, el que tiene autoridad*” (ENTERRÍA, 2001, p. 29).

como base o direito natural não abstrato, não evanescente, mas encarnava pela primeira vez na história, o direito natural revelado pela Assembléia (ENTERRÍA, 2001, p. 32).¹² A Revolução Francesa fundou uma nova sociedade fazendo uso da linguagem, buscou reestruturar, através da mesma, o tecido rompido também através dela (ENTERRÍA, 2001, p. 17-47).¹³

Essa nova língua representou um novo discurso para explicar e disciplinar as relações entre os cidadãos e o Estado. Na esteira dessa nova *língua dos direitos*, que instituiu um sistema jurídico completamente diferente de outrora para regular as relações entre o poder e os cidadãos, houve a formação de um novo Direito Público (ENTERRÍA, 2001, p. 17-47).¹⁴

Esse novo Direito Público foi construído a partir de dois sustentáculos: a) os valores de liberdade e igualdade; b) a centralidade da lei enquanto garante da liberdade e da igualdade e como elemento de estabilização do Direito. Dois instrumentos se tornaram fundamentais para esse novo Direito Público: a) o conceito de direito subjetivo; b) a técnica da legalidade (a lei como o instrumento da política, ou seja, o meio por excelência que se manifesta a política e o poder, bem como a lei como a suprema garantia das liberdades, surge a noção de *governo das leis*) (ENTERRÍA, 2001, p. 34-47).

Esse novo Direito público traz imensas transformações e inovações para importantes ramos do Direito, entre eles o Direito Tributário e Financeiro. A principal influência na área tributária foi a consagração do princípio da legalidade tributária. Já para o Direito Financeiro, seu moderno objeto de estudo foi fundado: o *orçamento público*.

Após a Revolução, em razão do *governo das leis*, o princípio da legalidade foi internalizado nas finanças, surgindo a *lei orçamentária*. Também, o orçamento tornou-se obrigatoriamente anual, devendo ser publicado no início do ano. Surge

¹² As Declarações de direitos eram vistas como o direito natural declarado.

¹³ A Revolução Francesa também foi de grande importância para a teoria constitucional. Havia uma vontade política de romper com o Antigo Regime, essa vontade política tinha que passar para o plano jurídico para se justificar. Através da idéia de poder constituinte e Constituição, a vontade política de rompimento foi absorvida para a linguagem jurídica. Nesse momento se fundiu as noções de Constituição, Revolução e Poder Constituinte.

¹⁴ Segundo Enterría esse Direito Público foi construído rapidamente e com notável destreza técnica, ademais, na sua construção não figuram notáveis juristas, o personagem central desse Direito Público foi a própria Revolução (ENTERRÍA, 2001, p. 155). A visão de Enterría é dotada de certo romantismo. De fato, a partir das revoluções liberais, nomeadamente a Revolução Francesa, o Direito Público ganha um novo paradigma - legalidade -; e o Direito Administrativo começa a engatinhar para sua autonomia científica. A construção do Direito público e do Direito Administrativo foi feita pelo empenho de juristas, inclusive o Direito Administrativo foi concebido pela atividade do Conselho de Estado e por esforços doutrinários em busca da cientificação e sistematização desse ramo (Hauriou, Duguit, Otto Mayer, etc).

também a idéia de se equilibrar e harmonizar receitas e gastos. Ademais, foi reconhecido ao Legislativo o poder de inspecionar o orçamento (ENTERRÍA, 2001, p. 175-181).

Atualmente o Direito Financeiro é o ramo da ciência do Direito que tem por objeto de estudo as normas que compõem a organização e a estrutura financeira do Estado. A atividade financeira do Estado consiste na *arrecadação de receitas* e na *implementação de políticas* (BASTOS, 1998, p. 07). A primeira atividade é regida pelo Direito Tributário, enquanto que a segunda é uma atividade complexa envolvendo o Direito Administrativo, o Direito Constitucional e o Direito Financeiro. Já foram tratadas nos capítulos anteriores as questões atinentes à implementação de políticas públicas que envolviam o Direito Administrativo e o Direito Constitucional, basta agora uma reflexão quanto ao Direito Financeiro.

Plácido e Silva conceitua receita pública da seguinte forma: “*complexo de valores recebidos pelo erário público, sejam provenientes de rendas patrimoniais, sejam resultantes de rendas tributárias, destinados a fazer frente à despesa pública*” (apud OLIVEIRA, 2006, p. 97). Regis Fernandes de Oliveira diz que a receita pública, em síntese, é a “*entrada definitiva de dinheiro e bens nos cofres públicos*” (2006, p. 97).

Em razão da complexidade do Estado, pode haver inúmeras formas de entrada de dinheiro e bens no erário, esse estudo é feito na seara do Direito Financeiro. A partir do *critério da periodicidade*, as receitas podem ser *extraordinárias* e *ordinárias*. As primeiras se referem aos impostos extraordinários (art. 154, II, CF), as segundas são aquelas arrecadadas com regularidade, portanto, recebidas a partir do desenvolvimento normal da atividade estatal (OLIVEIRA, 2006, p. 99).

A partir do *critério da origem* é possível dividir as receitas em *originárias*, *derivadas* e *transferidas*.¹⁵ A *receita originária* “*decorre da exploração, pelo Estado, de seus próprios bens ou quando pode exercer atividade sob o que se denomina de direito público disponível*”.¹⁶ As *receitas derivadas* podem ser *não tributárias* e *tributárias*.

¹⁵ Regis Fernandes de Oliveira entende como transferidas as receitas derivadas tributárias que são de competência e arrecadação de um ente político, mas que o produto arrecadado deve ser transferido a outro (v.g. arts. 157-162 CF).

¹⁶ Essas receitas se subdividem em *receitas industriais* e *patrimoniais*.

A diferença entre receitas originárias e derivadas é que as primeiras decorrem do patrimônio *latu sensu* do Estado, ao passo que as segundas derivam do patrimônio *latu sensu* dos particulares, por meio da tributação (OLIVEIRA, 2006, p. 99).

Portanto, as receitas públicas, a partir do critério da origem, podem ser classificadas:

a) originárias

a.1. patrimoniais – alienações, empréstimos, alugueis, doações, bens vacantes, preços públicos, etc.

a.2. industriais – advindas de empresas estatais ou sociedades de economia mista.

b) derivadas

b.1. tributárias – tributos.¹⁷

b.2. não tributárias - multas, perdimento de bens, indenizações.

Quanto à *lei geral de orçamento e despesa pública*, por força do parágrafo 9º do artigo 165 da CRFB, a Lei 4.320/64 foi recepcionada na nova ordem constitucional como lei complementar. Dita lei estabelece as normas gerais sobre Direito Financeiro para a elaboração, controle e balanço dos orçamentos de todos os entes políticos da federação.

A realização da despesa é consumada em três fases: *empenho*, *liquidação* e *pagamento*. O empenho consiste na previsão de receitas para o pagamento do débito. A liquidação consiste na exata aferição da liquidez e quantidade do débito. Havendo liquidez do débito e compatibilidade com as receitas, emite-se a ordem de pagamento que se materializa na nota de empenho (OLIVEIRA, 2006, p. 353-359).

Oliveira conceitua despesa pública da seguinte forma:

Após traçar as finalidades que devem ser atendidas, qualificadas como de interesse público, o Estado tem necessidade de abastecer-se de dinheiro, para o atendimento e cumprimento de seus objetivos. Após a entrada do dinheiro, tem o Estado de aplicá-lo nos fins previamente traçados. Daí a despesa (2006, p. 356).

¹⁷ O conceito de tributo, no Brasil, encontra-se positivado no artigo 3º do Código Tributário Nacional: “Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”. Melhores reflexões sobre o conceito de tributo, vide ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 32-36.

Em síntese, a despesa é a forma pela qual será gasta a receita, atendendo-se ao interesse público. Conforme Baleeiro, a despesa é a “*aplicação de certa quantia, em dinheiro, por parte da autoridade ou agente público competente dentro de uma autorização legislativa para execução de fim a cargo do governo*” (apud BASTOS, 1998, p. 23). Impende mencionar que toda despesa deve se adequar em uma previsão orçamentária (crédito ou alocação orçamentária).

Sintetizando os conceitos de receita e despesa com aquelas três premissas fixadas no item 4.2. *supra* (garantismo jurídico, cotas orçamentárias mínimas e dever de progresso), é possível colher que no Estado constitucional as finalidades que devem ser atendidas, qualificadas como de interesse público, não estão sujeitas à livre discricionariedade do administrador público, mas devem seguir as prioridades fixadas constitucionalmente.

O Estado deve se abastecer de dinheiro para o atendimento e cumprimento destes objetivos prioritários, dessa forma, quando da decisão judicial que determina maior alocação orçamentária em temas prioritários, deve a Administração Pública readequar suas finanças para atender a tal decisão.¹⁸ Feita a alocação orçamentária, deve o Estado realizar a despesa nos fins previamente traçados, portanto, há um dever jurídico de cumprir as leis orçamentárias.

Quanto aos *princípios do orçamento* e às leis orçamentárias, leciona Oliveira que existem cinco princípios orçamentários.

O *princípio da universalidade* significa que todas as receitas e despesas devem estar previstas na lei orçamentária. O *princípio da anualidade* significa que os orçamentos devem ser atualizados ano a ano, portanto devem ter validade anual.¹⁹ O *princípio da exclusividade* significa que dentro da lei orçamentária não é possível haver conteúdos que fujam à previsão de receitas e a fixação de despesas. O *princípio da unidade* é meramente formal, significa que a peça orçamentária deve constar de um único documento. O *princípio da não afetação* significa que a receita

¹⁸ O dever de cumprimento das decisões judiciais será analisado posteriormente.

¹⁹ Conforme Oliveira, a anualidade não pode mais ser tratada como princípio haja vista sua característica de mera periodicidade. Inclusive estaria ultrapassado em razão do plano plurianual (art. 165, I CF), bem como dentro do orçamento é possível encontrar uma multiplicidade de orçamentos (fiscal, investimento, seguridade social) (OLIVEIRA, 2006, p. 326). José Afonso da Silva não entende que a anualidade esteja frustrada, para o autor, em razão da técnica do orçamento-programa, surge o princípio da plurianualidade das despesas de investimento. No entanto isso não “fura” a anualidade, pois as metas e programas constantes no plano plurianual devem ser executadas ano a ano pelo orçamento anual. Assim, o plano plurianual é regra para as despesas de capital e para os programas de duração continuada, mas não opera *per se*, mas por meio do orçamento anual (SILVA, 2001, p. 720).

de impostos não poderá ser vinculada a qualquer finalidade ou órgão específico, conforme disposto no artigo 167, IV da CF (2006, p. 325-327).²⁰

Muitos doutrinadores tratam do princípio do equilíbrio orçamentário, no entanto, é importante mencionar que a atual Carta brasileira não contemplou tal princípio, até porque, conforme José Afonso da Silva, atualmente ele desapareceu, pois a pretensão de um equilíbrio perfeito no orçamento tornou-se uma tarefa impossível (SILVA, 2001, p. 719).

Silva traz à baila o *princípio da legalidade* em matéria financeira, aduzindo que seu fundamento reside no princípio segundo o qual a Administração se subordina aos ditames da lei. A Constituição exige que leis de iniciativa do Executivo devam estabelecer o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais. Outrossim, a Carta prescreve alguns princípios e regras para o orçamento público (v.g. art. 167 CRFB) (2001, p. 722).²¹

O artigo 165 da Constituição determina que existem três leis orçamentárias de iniciativa exclusiva do chefe do Poder Executivo: *plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais*.

O *plano plurianual* retrata a idéia de orçamento-programa. Em razão das novas finalidades do Estado, o orçamento passou a ser um instrumento de programação econômica e governamental. O plano plurianual define o planejamento das atividades governamentais. O plano plurianual deve abarcar as *despesas de capital* (investimentos, inversões financeiras, transferências de capital)²² e os *programas de duração continuada* (OLIVEIRA, 2006, p. 329).

A *lei de diretrizes orçamentárias* é anual e deve estabelecer as regras gerais que serão aplicadas ao plano plurianual e aos orçamentos anuais. Leciona Oliveira que ela deve “*traçar as ‘metas e prioridades’ que deverão constar do plano plurianual, orientando ‘a elaboração da lei orçamentária anual’, ou seja, o que deve ela conter* (2006, p. 328-329)”. Para os fins desta pesquisa, a lei de diretrizes

²⁰ Regis de Oliveira leciona que o “*salutar princípio significa que não pode haver mutilação de verbas públicas. O Estado deve ter disponibilidade da massa de dinheiro arrecadado, destinando-o a quem quiser, dentro dos parâmetros que ele próprio elege como objetivos preferenciais. Não se pode colocar o Estado dentro de uma camisa de força, mingando seus recursos, para que os objetivos traçados não fiquem ou não venham a ser frustrados. Deve haver disponibilidade para agir*” (OLIVEIRA, 2006, p. 328).

²¹ Os orçamentos anuais integram a lei orçamentária anual, que por sua vez engloba o orçamento fiscal, o orçamento de investimentos das empresas e o orçamento da seguridade social (SILVA, 2001, p. 722).

²² Investimentos (art. 12, § 4º, Lei 4.320/64); inversões financeiras (art. 12, § 5º, Lei 4.320/64; transferências de capital (art. 12, §6º, Lei 4.320/64).

orçamentárias adquire grande importância, pois nela é que deverão ser explicitadas as prioridades constitucionais.

A *lei orçamentária anual* compreende o *orçamento fiscal* (receita e despesa de todos os poderes da União, seus fundos, órgãos, entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações), os *investimentos* (orçamento dos investimentos das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto) e o orçamento da seguridade social.²³

Como visto, um dos princípios orçamentários é a *anualidade*, que determina que a Administração Pública estabeleça sua previsão de receitas e despesas anualmente. A partir da Carta de 1988 foi instituído o *plano plurianual* (PPA) e a *lei de diretrizes orçamentárias* (LDO), sendo assim, os governantes são obrigados a elaborar a lei anual em conformidade com o que foi fixado no PPA e na LDO (OLIVEIRA, 2006, p. 403). É necessária uma adequação das leis orçamentárias anuais com os ditames fixados no PPA e na LDO (SILVA, 2007, p. 133-136). Nesse sentido:

De todo modo, o certo é que, mesmo posterior, a LOA não pode contrariar a LDO e o PPA (CRFB, art. 166, §3º, I). Da mesma forma, a LDO e as leis que estabelecem planos não podem contrariar o PPA (art. 165, §4º, e art. 166, §4º), sob pena de inconstitucionalidade, mesmo que seja indireta (SILVA, 2007, p. 128).

4.4. Vedações constitucionais em matéria orçamentária

As vedações constitucionais em matéria orçamentária se inserem no grande tema do Direito Financeiro, ocorre que, visando a melhor exposição e os propósitos desta investigação, serão estudadas em item específico. A compreensão das vedações aqui tratadas será de grande importância quando forem abordadas as repercussões orçamentárias da decisão de controle de políticas públicas (item 4.6. *infra*).

As vedações constitucionais em matéria orçamentária estão inscritas nas regras constantes dos incisos do artigo 167 da CRFB e decorrem do *princípio da legalidade da despesa pública*. As relevantes para os fins dessa pesquisa são:

Art. 167. São vedados:

- I - o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
- II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os **créditos orçamentários** ou **adicionais**; [...]

²³ Na seguridade social encontram-se todos os planos de ação da União nos campos da saúde, previdência e assistência social. Os recursos para essas áreas serão repassados pela União e deverão constar no orçamento anual. Lembrando que a seguridade social deverá ser financiada mediante recursos do orçamento de todos os entes políticos bem como das contribuições sociais (art. 195, CF).

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa; [...].
Grifo acrescentado

Dissertando sobre o art. 167, II da CRFB a partir do artigo 85, VI da CRFB, Grau conclui que nada pode ser pago sem autorização orçamentária, nem além dos valores orçamentários limitados. Portanto, a desobediência de qualquer dessas limitações (despender *sem* autorização legal ou além da autorização) constitui crime de responsabilidade (1993, p. 133).

Pois bem, crédito orçamentário, no sentido amplo, significa a dotação orçamentária feita para os fins contemplados no orçamento, “*É a consignação feita pela lei orçamentária de uma certa quantia pecuniária com vistas a uma determinada finalidade*” (BASTOS, 1998, p. 86). Os créditos se dividem em duas espécies, os *orçamentários* e os *adicionais*.

Os primeiros aparecem no orçamento anual (LOA) visando às despesas previstas para a execução dos programas. As *dotações orçamentárias* são parcelas desse crédito, voltadas para “*alguma despesa ou para a despesa de algum serviço, para algum projeto ou atividade e até para algum órgão*” (SILVA apud BASTOS, 1998, p. 86).

Ocorre que no decorrer do exercício financeiro se fazem necessárias alterações orçamentárias em razão das contingências econômicas, políticas, sociais e judiciais. Para tanto, o meio mais utilizado é o **crédito adicional**. Segundo Silva, os créditos adicionais são “*autorizações de despesas não computadas ou insuficientemente dotadas na lei de orçamento*” (apud BASTOS, 1998, p. 86). Esses créditos se subdividem em *suplementares*, *especiais* e *extraordinários*.²⁴

- a) *Créditos suplementares*: destinados a reforçar dotação orçamentária que tornara insuficiente durante a execução do orçamento. Dependem de autorização legislativa e indicação de recursos correspondentes (art. 167, V CRFB);
- b) *Créditos especiais*: destinados às despesas adicionais para as quais não haja dotação orçamentária específica. Dependem de autorização legislativa e indicação de recursos correspondentes (art. 167, V CRFB);

²⁴ Os créditos adicionais suplementares e especiais serão de grande relevância quando for falado sobre as repercussões orçamentárias da decisão de controle de políticas públicas.

- c) *Créditos extraordinários*: destinados apenas para casos de guerra, subversão interna ou calamidade pública (art. 167, §3º CRFB). Não dependem de autorização legislativa (BASTOS, 1998, p. 86-87).

É importante mencionar que o ordenamento jurídico pátrio conta com dispositivos para cobrir os déficits orçamentários ocorridos no decorrer do ano financeiro. Conforme o artigo 165, §8º da CRFB, a Administração Pública pode fazer uso das *operações de crédito por antecipação de receita*, que são empréstimos concedidos ao Poder Público para atender as oscilações de caixa, regularizando o abastecimento dos cofres públicos.

Essas operações de crédito, como o nome diz, antecipam a receita futura e certa, produto da arrecadação prevista para o mesmo orçamento. Pelo planejamento orçamentário, o ente político possui uma previsão das receitas que estão a *termo* (evento futuro e certo). Portanto, visando evitar possíveis déficits orçamentários decorrentes de despesa não esperada, pode o Administrador fazer uso dessas operações independentemente de autorização legislativa (BASTOS, 1998, p. 86-87).²⁵

Essas operações de crédito por antecipação de receita podem ser utilizadas quando a decisão de controle de políticas públicas gerar alguma oscilação de caixa.

4.5. Estado constitucional e orçamento público

Como visto no capítulo primeiro, a Administração Pública em um Estado constitucional deve ser concebida como uma instância formuladora de políticas públicas voltadas à satisfação, proteção e respeito aos direitos fundamentais sociais. Nesse desiderato, ganha centralidade o planejamento orçamentário, pois a partir dele é que serão explicitadas as prioridades de governo e se materializará do ponto de vista orçamentário, a política pública. Conforme já mencionado, o controle judicial de políticas públicas não se resume ao controle de constitucionalidade das leis orçamentárias. Seu objeto de controle é a decisão administrativa, que no caso das políticas públicas, se explicita por meio dos expedientes orçamentários.

No que pertine ao conceito e à natureza jurídica do orçamento, modernamente o orçamento não é mais um mero documento financeiro ou contábil,

²⁵ As operações de crédito de antecipação de receita serão retomadas quando for falado sobre as repercussões orçamentárias da decisão de controle de políticas públicas.

mas um instrumento de ação do Estado. Além de representar a previsão de receitas e a autorização das despesas, o orçamento foi erigido como um instrumento de atuação do Estado na sociedade (OLIVEIRA, 2006, p. 305).

No Estado constitucional, as leis orçamentárias são verdadeiros mecanismos de satisfação e proteção dos direitos fundamentais sociais. Os expedientes orçamentários (PPP, LDO, LO) de todos os entes políticos devem se adaptar ao que dispõe a Constituição.

O orçamento possui um *aspecto político* ao destinar e distribuir as verbas públicas, assim revelando os rumos sociais e regionais. Um *aspecto econômico* ao manifestar as condições econômicas do Estado. Um *aspecto técnico* ao calcular receitas e despesas. Um *aspecto jurídico* ao atender normas constitucionais e legais (OLIVEIRA, 2006, p. 305).²⁶

É forçoso registrar que a lei orçamentária vincula a ação do Estado. Atualmente não bastam boas intenções na administração pública, por esse motivo, a lei orçamentária é fundamental como um critério técnico de governo e vincula juridicamente a atuação do Estado. Uma vez estabelecido o orçamento, deve ele ser cumprido. Segundo Oliveira, o orçamento “*representa o compromisso político de cumprimento de promessas sérias levadas ao povo*” (2006, p. 312).

Existem argumentos que sustentam que a lei orçamentária anual não gera direito subjetivo tampouco obriga o administrador a realizar a despesa prevista. Segundo Américo Bedê Freire Junior, a ausência de obrigatoriedade da realização de despesa prevista na lei orçamentária não justifica o não atendimento dos direitos sociais. Para o autor, comprovada a necessidade fática surge a obrigatoriedade da realização da despesa, não restando qualquer discricionariedade do administrador público (JUNIOR, 2005, p. 77).²⁷

Na perspectiva garantista, uma vez que os temas que devem ser decididos foram lançados como prioridades nas leis orçamentárias – verdadeiros mecanismos

²⁶ Tema de grande relevo na doutrina e na jurisprudência é a natureza jurídica do orçamento. Alguns o entendem como ato administrativo, outros como uma lei formal e material e outros como uma lei formal. Para Oliveira o orçamento é uma *lei formal* que estabelece previsão de receitas e despesas, bem como um *plano de governo* adequando receitas e despesas (2006, p. 311). Na ADIn 2925/DF o Supremo Tribunal Federal entendeu que a lei orçamentária deve ser concebida como lei no tocante às partes onde há contornos abstratos e autônomos, em abandono ao campo da eficácia concreta. No entanto na ADI-QO 1640 / UF, o STF entendeu que a lei orçamentária é um ato político administrativo e não normativo.

²⁷ A Lei de responsabilidade fiscal (art. 4º parágrafos 1º e 3º) trata do *anexo de metas e riscos*. Assim, caso não cumpra as finalidades traçadas na lei de diretrizes orçamentárias, deve o administrador fundamentar o porquê do descumprimento, alegando o *risco fiscal*, ou seja, uma contrariedade fática (chuvas que retardaram uma obra) ou uma contrariedade jurídica (liminar suspendendo edital de licitação de obra) (OLIVEIRA, 2006, p. 315).

para a consecução dos direitos sociais - deve a Administração Pública cumprir integralmente o que consta na lei orçamentária.

O orçamento é um mecanismo de planejamento financeiro da administração pública. Através do orçamento é que será divulgado o volume de recursos que será arrecadado para atender os interesses públicos, os meios para a captação desses recursos, as despesas e as prioridades do governo. Enfim, o orçamento representa o plano de ação do governo (SILVA, 2007, p.113). Pela Lei 4.320/64 o orçamento é composto por três estágios: elaboração, aprovação e execução. É na elaboração do orçamento que devem ser elencadas as prioridades e a alocação orçamentária destinada a elas.

Para Oliveira, a decisão de como gastar é eminentemente política. O administrador elabora seu plano de ação, o descreve no orçamento, aponta os meios para o seu atendimento e efetua o gasto. Essas escolhas ficam inteiramente a cargo do administrador público, que agirá a partir de suas convicções políticas, ideológicas, religiosas, etc (2001, p. 243).²⁸

Essa liberdade de decisão do administrador e do legislador não é absoluta, existem algumas vinculações orçamentárias, entre elas o ensino (art. 212, caput, CRFB) e a saúde (art. 198 CRFB).²⁹ Outrossim, deve o administrador efetuar o pagamento das despesas legais (serviço da dívida), efetuar a previsão orçamentária para o pagamento dos serviços públicos e cumprir as demais restrições do artigo 167 da Constituição (OLIVEIRA, 2001, p. 243).

No entanto, para Oliveira, esses vínculos constitucionais e legais não desnaturam a essência política do orçamento. Existe sim uma margem de discricionariedade ao estabelecer as prioridades e finalidades da ação Estatal, mas se há serviços a atender, se há débitos líquidos, não é possível invocar a discricionariedade. Fora desse campo de vinculação, a decisão de como gastar é discricionária e política (OLIVEIRA, 2006, p. 316).

Ocorre que, na perspectiva garantista, os direitos sociais vinculam as decisões políticas. Uma vez aferido o montante a ser arrecadado, devem ser decididas as finalidades e os setores que serão atendidos. É nesse momento da decisão administrativa de *como gastar* que o Administrador deve se pautar pelos

²⁸ No modelo garantista essa discricionariedade é revista. Os direitos fundamentais sociais, como conteúdos que não podem deixar de ser decididos, representam pautas máximas de decisão na formulação do orçamento.

²⁹ Lembrando que essas vinculações estabelecem um mínimo de investimento, não impedindo que o administrador aumente a destinação de receitas para essas áreas.

direitos fundamentais que circunscrevem a esfera do que não pode deixar de ser decidido, elencando as prioridades de governo em consonância com os ditames constitucionais. Fora dessa esfera, o administrador público goza de ampla discricionariedade.

Colocada a questão nesses termos, se abre as portas para uma judicialização do tema, tendo em vista que os direitos sociais são tão importantes que não podem ficar completamente à disposição das majorias (PRIETO, 2005, p. 51). Nesse sentido leciona Barcelos:

As políticas públicas envolvem gastos. Como não há recursos ilimitados, será preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Essas escolhas recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário. Ou seja: as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política; ao contrário, o ponto recebe importante incidência de normas jurídicas constitucionais. [...] não há qualquer óbice teórico à conclusão exposta acima de que uma norma jurídica – a Constituição – interfere em caráter imperativo na definição dos gastos públicos.³⁰

Leciona Ferrajoli que as Constituições dos países democráticos do segundo pós-guerra positivaram limites e deveres substanciais ao exercício do poder, esses limites e deveres são, respectivamente, os *direitos fundamentais liberais*, que representam aquilo que *não pode ser decidido*, nem por maioria; e os *direitos fundamentais sociais*, que representam aquilo que *não pode deixar de ser decidido*, nem por maioria. Por esse motivo os direitos fundamentais se caracterizam por ser contra-majoritários e vincularem, substancialmente, a ação política (FERRAJOLI, 1995, 857-860). A partir dessas premissas é que Ferrajoli fundamenta seu discutido conceito de *democracia substancial*.

Como visto, o orçamento se tornou, modernamente, um instrumento da política onde as finalidades e preferências da ação do Estado se explicitam. Unindo essa noção de orçamento com a *concepção heteropoiética do Estado* construída pelo garantismo, é possível concluir que cada vez mais o orçamento se encontra vinculado aos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais.

Leciona Regis Oliveira:

Pensa-se na constitucionalidade do direito para restringir a discricionariedade do Poder Legislativo, impondo-lhe deveres para emissão de comandos, disciplinando direitos, obrigações e programas no mundo da sociedade. **Limita o Poder Executivo no tocante à escolha de opções em relação às políticas públicas, instituindo ações ou omissões e**, por fim, fixa parâmetros de interpretação ao Poder Judiciário (2006, p. 249). Grifo acrescentado

³⁰ BARCELOS, Suzana de Toledo. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas. <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 08.02.2007.

O problema maior é que a Constituição não hierarquizou em grau de importância os direitos fundamentais, até porque tal hierarquização seria uma incongruência com o próprio conceito teórico de direitos fundamentais.³¹ Apontou apenas como temas prioritários, a vista de alocação orçamentária, a educação (art. 212 da CF) e a saúde (Art. 167, IV da CF). Muito embora tímida essa vinculação orçamentária prevista pela Carta, ela consubstancia duas pautas orçamentárias importantes para o controle judicial de políticas públicas.

As opções sobre a alocação das receitas públicas, que outrora eram tidas como decisões eminentemente políticas, ante a constitucionalização do ordenamento jurídico e a concepção dos direitos fundamentais enquanto vínculos da decisão política fazem com que hoje essas escolhas se tornem cada vez mais jurídicas, portanto, sindicáveis pelo Poder Judiciário.³² Já existem decisões judiciais nesse sentido.

A pergunta que deve ser feita é qual a função e lugar da Constituição da República no espaço democrático e se o Poder Judiciário pode intervir positivamente? Claro que as práticas administrativo-financeira-orçamentária precisam guardar pertinência com o dirigismo constitucional, tendo no Poder Judiciário seu garante. Não se trata, portanto, como quer fazer crer a manifestação do réu, de ingerência indevida, mas do reconhecimento da absoluta indiferença do Estado de Santa Catarina com a política pública de atendimento de crianças e adolescentes nesta área.³³

O espaço de deliberação política quanto à destinação dos recursos orçamentários não resta anulado, mas limitado pelas normas constitucionais. A Carta não invade a esfera política por meio de um substancialismo radical. Quando a Constituição estabelece os fins e os valores prioritários do Estado, a definição das políticas públicas necessita partir de argumentos não apenas políticos, mas jurídico-constitucionais.

Conforme visto no capítulo primeiro, as normas constitucionais representam o suporte de *ética de convicção* para a definição da política pública, bem como para

³¹ Nesse sentido ver ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: CEC, 1993.

³² Regis de Oliveira entende que a escolha de alocação de verbas, a decisão sobre as despesas e a formação de políticas públicas é um tema exclusivo da política (2006, p. 253).

³³ Ação Civil Pública sob nº 038.06.019959-5. Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Joinville/SC. Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa, p. 02.

a decisão judicial de controle. Em um Estado constitucional o mandato político não é imperativo, tampouco um “cheque em branco”, pois a Carta define muitas prioridades aos governos. O princípio do Estado social determina que nem sobre tudo se pode deixar de decidir.

4.6. Repercussões orçamentárias da decisão judicial de controle de políticas públicas

Para Oliveira, as decisões judiciais que interferem na atividade física (material) da administração pública não são legítimas. Segundo o autor, cabe aos governantes definirem seus objetivos e prioridades de governo quando da confecção das leis orçamentárias. *“A definição de prioridades e de objetivos políticos a serem alcançados integra a intimidade da gestão administrativa, descabendo a outro poder interferência sobre as atividades executivas”* (2006, p. 404).

No entanto, diz Oliveira que uma vez existindo a decisão judicial (v.g. determinando a construção de creches), deve o chefe do Executivo cumprir a ordem incluindo no próximo orçamento fiscal a verba necessária para a efetivação da sentença. Deve esclarecer ao juiz a impossibilidade de cumprimento imediato da decisão diante da falta de previsão orçamentária.

Não é difícil encontrar decisões judiciais em ação civil pública determinando a realização de alguma obra pública ou prestação de algum serviço público.³⁴ A grande questão que se levanta frente a essas decisões judiciais é de que forma elas serão cumpridas, principalmente em razão da questão orçamentária que elas suscitam.

Pois bem, concebida a reserva do possível como um imperativo de análise judicial visando mensurar os reais esforços do Estado na satisfação e proteção dos direitos fundamentais, bem como os meios disponíveis, incluindo a análise das contas públicas, para a satisfação dos direitos.

Fixadas as três premissas que devem guiar o julgador no controle judicial de políticas públicas no que tange à questão orçamentária, quais sejam: garantismo jurídico, cotas orçamentárias mínimas aos direitos à saúde e à educação e dever de maximização.

³⁴ v.g. Ação Civil Pública sob nº 038.03.008229-0. Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Joinville/SC. Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa. Ação Civil Pública sob nº 038.06.019959-5. Vara da Infância e da Juventude, Comarca de Joinville/SC. Juiz de Direito Alexandre Moraes da Rosa. Ação Civil Pública sob nº 2006.80.00.5982-8. Justiça Federal. Seção Judiciária de Alagoas. Juiz Sérgio José Wanderley de Mendonça.

Reconcebido o orçamento como um mecanismo de satisfação e proteção dos direitos fundamentais, vinculado aos ditames constitucionais, adquirindo dessa forma uma juridicidade e deixando de ser um mero documento político aberto à discricionariedade política.

Nessa última parte da pesquisa torna-se necessária a análise de algumas repercussões da decisão judicial na seara orçamentária. Como visto no início deste capítulo, por um imperativo de *ética de responsabilidade* deve o magistrado analisar os pressupostos (limites e possibilidades) de eficácia da decisão judicial prolatada em sede de controle de políticas públicas. Visando maximizar a eficácia da decisão judicial, alguns desses pressupostos podem ser encontrados na aferição dos limites e possibilidades orçamentários para o cumprimento da ordem judicial. Convém lembrar que essa análise dos pressupostos de eficácia da decisão judicial visa aparelhar o provimento jurisdicional de máxima força de cumprimento e incutir um senso de responsabilidade no julgador frente às consequências geradas pela decisão prolatada.

Pois bem, julgado procedente o pedido em sede de Ação Civil Pública, é aconselhável que o magistrado percorra os caminhos analisados doravante.³⁵ Entretanto, se faz necessária uma advertência. O recorte feito por essa pesquisa trata apenas dos direitos fundamentais à saúde e à educação. Como visto no capítulo primeiro, o constituinte, no ponto de vista orçamentário, privilegiou esses dois direitos fixando reservas orçamentárias mínimas para a satisfação e proteção. Portanto, dificilmente não serão encontradas alocações orçamentárias para esses direitos.

4.6.1. Créditos orçamentários não efetivados

Ao analisar a lei orçamentária, o magistrado pode se deparar com créditos orçamentários que não foram efetivados, ou seja, créditos orçamentários para políticas públicas na educação e na saúde que ainda não foram despendidos. Nesse caso, é possível ofertar algumas hipóteses:³⁶

- a) *Dotação orçamentária na lei anual, porém não realizada a despesa até o fim do exercício em curso;*

³⁵ É forçoso mencionar que os caminhos ora ofertados não visam esgotar o tema do controle judicial de políticas públicas, pois outras posturas judiciais podem ser concebidas utilizando critérios diferentes.

³⁶ Essas e outras hipóteses podem ser encontradas na obra de Américo Bedê Freire Junior. FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: RT, 2005.

b) *Dotação orçamentária na lei anual, porém a despesa, apenas em parte, foi realizada no exercício próprio;*

Nessas hipóteses, o magistrado poderá determinar a imediata *formulação, reforço ou readequação*³⁷ da política pública pleiteada pelo Ministério Público, pois há disponibilidade orçamentária específica na área (saúde/educação). Nessas hipóteses, basta a disponibilidade orçamentária para *iniciar* a política pública, podendo o juiz determinar que o administrador público promova alocação orçamentária suficiente e específica para o próximo ano fiscal, visando dar continuidade ao integral cumprimento da ordem judicial.

4.6.2. Créditos orçamentários efetivados

Ao analisar a lei orçamentária, o magistrado pode se deparar com a existência de créditos orçamentários na área da saúde e da educação que já foram efetivados, ou seja, que já foi realizada a despesa ou créditos que estão vinculados a políticas públicas específicas, dentro das áreas de saúde e educação. Nesse caso, o juiz deverá analisar duas circunstâncias: a) existência de disponibilidade de caixa; b) exaustão orçamentária.

Eros Roberto Grau, em parecer encomendado pela Advocacia Geral da União, procura examinar a circunstância que é escusável o descumprimento de decisões judiciais que redundam em alterações na lei orçamentária (GRAU, 1993, p. 130-148). O juspublicista, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, analisa a colisão entre os princípios da *sujeição da Administração Pública às decisões judiciais* e da *legalidade da despesa pública*.³⁸

Para sua construção teórica, o positivismo jurídico reformulou a *teoria imperativista do direito* concebendo a norma como um imperativo positivo (comando) ou negativo (proibição), bem como na sua faceta permissiva positiva ou negativa (BOBBIO, 1995, p. 182).³⁹

A partir da análise de Kant, as normas jurídicas foram definidas como *imperativos hipotéticos* (“*agir conforme o dever*”), que segundo Kelsen eram

³⁷ Esses conceitos foram explicitados no capítulo primeiro.

³⁸ Essa pesquisa partirá da concepção principiológica que Eros Grau atribui ao dever de obediência às decisões judiciais e à legalidade orçamentária, no entanto, convém mencionar que o tema dos princípios é um tema nada pacífico na seara da teoria do Direito.

³⁹ A teoria imperativista pode ser segmentada em abordagens que consideram o imperativo como positivo ou negativo, como autônomo ou heterônomo e como técnico ou ético (BOBBIO, 1995, p. 132).

destinadas primariamente aos juízes em razão do monopólio de aplicação da sanção e secundariamente aos cidadãos, dispondo um preceito. Assim sendo, toda a doutrina tradicional do positivismo jurídico se construiu a partir de normas na categoria de *regras*, ou seja, de normas (imperativos ou normas permissivas em sentido estrito) onde é possível delimitar sua extensão a partir delas mesmas e eventuais exceções a partir de outras regras, também delimitáveis em extensão e conteúdo por si mesmas (BOBBIO, 1995, p. 194-195).

No entanto, a doutrina do positivismo jurídico necessita de adequações quando se trabalha com *princípios*. Leciona Alexy que a distinção entre princípios e regras constitui o marco de uma teoria normativo-material. Regras e princípios são normas, pois se referem ao que “deve ser”, ou seja, são razões para juízos concretos de “dever ser”. Portanto, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas (2002, p. 83).

Regras e princípios se diferenciam em critérios *quantitativos* e *qualitativos*. Os princípios, segundo a teoria *Standard*, “*são normas que ordenam que algo seja realizado em uma medida tão ampla quanto possível relativamente a possibilidades fáticas ou jurídicas*”; as possibilidades jurídicas são determinadas a partir do enfrentamento de princípios e regras opostas (ALEXY, 1999, p. 275). Portanto, são *mandamentos de otimização*, dessa forma, podem ser preenchidos em graus distintos a partir das possibilidades fáticas e jurídicas (ALEXY, 2002, p. 82-87).

Já as regras respeitam o binômio do “*tudo ou nada*”. São normas que simplesmente podem ou não ser cumpridas e uma vez válidas devem ser cumpridas nos seus exatos termos. As regras são *mandamentos definitivos* aplicadas via *subsunção*. A diferença entre regras e princípios encontra no caráter *prima facie* grande significado. As regras, salvo a existência de uma cláusula de exceção, estabelecem *razões definitivas*, enquanto que os princípios sempre estabelecem *razões prima facie* (ALEXY, 2002, p. 82-95).⁴⁰

⁴⁰ Para Zagrebelsky a principal diferença entre regras e princípios é que estes últimos possuem uma capacidade de se relativizar. A relativização é que permite a convivência entre os princípios, tornando-os adequados no âmbito de uma sociedade complexa e plural. O autor indica seis diferenças entre regras e princípios. Para o autor só os princípios desempenham um papel constitutivo da ordem jurídica, as regras, mesmo as constitucionais (as regras constitucionais são apenas leis reforçadas que se esgotam em si mesmas), não desempenham essa função, pois não possuem nenhuma força constitutiva fora de seus significados. As regras devem ser interpretadas a partir da análise linguística, enquanto que os princípios, mais que interpretados pela análise linguística, devem ser (pré) compreendidos ou (pré) concebidos em seu *ethos*. As regras devem ser obedecidas, os princípios devem ser aderidos. Os princípios exigem uma adesão, sendo assim, é preciso compreender seu mundo de valores. As regras estabelecem um critério de ação ou omissão, já os princípios indicam critérios para a tomada de posição (para a adesão) ante situações concretas. Ao contrário das regras, o

A teoria do ordenamento jurídico possui três características que fazem com que o Direito seja um ordenamento, uma entidade distinta das normas singulares que o constituem. A *unidade*, a *coerência* e a *completude* são as características do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1995, p. 197). O positivismo jurídico sustenta a coerência do ordenamento jurídico através da negação das *antinomias*, isto é, das normas incompatíveis entre si. Importante lembrar que o positivismo jurídico concebe a norma apenas na categoria de *regras*. Tal coerência justifica-se, pois existe uma norma implícita no ordenamento informando que duas normas incompatíveis não podem ser ambas válidas.⁴¹ Sendo assim, a condição necessária para a validade de uma norma é a sua compatibilidade com seu ordenamento (BOBBIO, 1995, p. 203).

Para a solução das antinomias foram delineados três critérios: *cronológico* (*lex posterior derogat priori*), *hierárquico* (*lex superior derogat inferiori*), *especialidade* (*lex speciali derogat generali*). Através destes critérios, concebendo-se um ordenamento jurídico composto por regras, as antinomias poderiam ser solucionadas satisfatoriamente garantindo-se a coerência do ordenamento (BOBBIO, 1995, p. 207).

No entanto, esses critérios são insatisfatórios quando se trata de normas-princípio. Quanto aos princípios, ao contrário das regras, as colisões são solucionáveis através do método da *ponderação*. Leciona Alexy que “*Princípios e ponderação são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico*”, conseqüentemente, trabalhar com princípios é trabalhar com ponderação (2002, p. 275).⁴²

A *colisão* entre princípios deve ser solucionada de forma diferente do que no *conflito* de regras. Quando os princípios colidem um deles deve preceder – sob certas circunstâncias - no caso concreto, sem que isso implique na sua invalidade ou

alcance dos significados dos princípios não é determinado abstratamente, mas apenas a partir de casos concretos. As regras podem ser observadas e aplicadas mecanicamente, os princípios exigem uma tomada de posição jamais mecanizada. Os impactos na tradicional teoria positivista do Direito são visíveis, haja vista que os princípios não podem ser trabalhados a partir de um modelo destinado a regras. O ordenamento jurídico vivencia uma maleabilidade (“ductibilidade”), dessa forma, o labor no Direito se transforma em uma “arte”, em uma *juris prudencia* (1995, p. 110-111; 125). É importante mencionar que essa leitura de um Direito “ductil” não está imune a críticas, muitos autores se contrapõem a um “direito por princípios”.

⁴¹ Tal raciocínio acompanha o princípio lógico do terceiro excluído.

⁴² Para ZAGREBELSKY “*La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación*” (1995, p. 124). A técnica cronológica não é adequada, pois os princípios não comportam uma sistematização temporal. A técnica da especialidade também não encontra espaço no conflito entre princípios, pois não há como definir a especialidade de um princípio. A técnica da hierarquização não pode ser aplicada aos princípios, pois os mesmos não são suscetíveis de hierarquização.

na introdução de uma cláusula de exceção em seu interior. Portanto, sob certas circunstâncias, um princípio precede ao outro; sob outras circunstâncias, a precedência pode tomar um outro caminho. O conflito de regras ocorre na dimensão da *validade* e o de princípios ocorre na dimensão do *peso* (ALEXY, 2002, p. 87-90).

A ponderação é o método adequado para solucionar a colisão entre princípios. Na ponderação todos os princípios em choque estão abstratamente no mesmo patamar de importância e só *a partir das circunstâncias do caso concreto* (suposto de fato) é que será possível determinar qual princípio, para aquele caso concreto, deverá preceder (ALEXY, 2002, p. 89).⁴³

Pois bem, feitas essas advertências no plano da teoria do Direito, torna-se necessário analisar dois princípios que podem colidir no controle judicial de políticas públicas, no tocante à questão orçamentária.

O princípio da legalidade da despesa pública é um instituto basilar do Estado de Direito, impondo ao administrador público a obrigação de observar as limitações e autorizações constantes nas leis orçamentárias. Como visto, após a Revolução Francesa, em razão do *governo das leis*, o princípio da legalidade foi internalizado nas finanças estatais, surgindo o *princípio da legalidade da despesa pública*. Outrossim, o orçamento tornou-se obrigatoriamente anual, devendo ser publicado no início do ano e disciplinado por instrumentos onde houvesse a participação do Parlamento, justificando as “leis orçamentárias” e a necessidade de autorização legislativa para a abertura de créditos orçamentários adicionais.⁴⁴

O orçamento passou a ser um ato cooperativo entre Executivo e Legislativo (ENTERRÍA, 2001, p. 175-181). Conforme o artigo 167, II CRFB, nada pode ser pago sem autorização orçamentária tampouco além dos valores orçamentariamente limitados, sob pena do administrador público incorrer em crime de responsabilidade (art. 85, VI CRFB) (GRAU, 1993, p. 130).

A Constituição de 1988 promoveu grande importância ao orçamento como instrumento de governo, seja para o desenvolvimento econômico, seja para o social e político. Assim, estabeleceu um encadeamento a partir do plano plurianual de governo, do qual são anualmente escolhidas prioridades que, explicitadas na Lei de

⁴³ A relação de precedência obtida por meio da ponderação de bens conduz à *lei de colisão*, formulada da seguinte maneira: “*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*” (ALEXY, 2002, p. 94).

⁴⁴ Conforme Zagrebelsky, no Estado liberal os legisladores eram os “senhores do Direito” haja vista a centralidade da lei no ordenamento jurídico (1995, p. 30-33).

Diretrizes Orçamentárias, delimitam os Três Poderes (CF, art. 165) (GRAU, 1993, p. 130).

O princípio da legalidade da despesa pública é um princípio positivado pelo *direito posto* (direito positivo), pois advém do princípio da legalidade contemplado no artigo 37, *caput* da Constituição de 88. Do princípio da legalidade da despesa pública decorrem várias *regras*, tais como as vedações do artigo 167 da Constituição pátria (GRAU, 1993, p. 133-134).

O *princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais* também é um instituto basilar do Estado de Direito e seu descumprimento implica em crime de responsabilidade (art. 85, VII CRFB). No entanto, ao contrário do princípio anteriormente visto, não decorre do direito posto, mas do *direito pressuposto*. O princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais, embora não expressamente enunciado em norma positiva, é um “*princípio orgânico da Constituição*” e um “*axioma de direito público*”. Nesse sentido:

É que o vocábulo princípio é polissêmico e conota tanto os princípios positivos de cada direito que se tome sob consideração quanto princípios não expressamente enunciados em normas jurídicas explícitas, mas que, não obstante, são inúmeras vezes tomados de modo decisivo pelo aplicador do direito ou pelo interprete na e para a definição de determinadas soluções e decisões jurídicas. Cuida-se, aqui, de princípios descobertos no bojo de cada direito, princípios que, mercê de sua consideração decisiva para aquela definição, são “positivados” (GRAU, 1993, p. 134).

O *princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais* encontra seu fundamento na separação dos poderes. Cabe ao judiciário o poder de dizer o direito ao caso concreto, sendo assim, todos os conflitos envolvendo a aplicação do Direito são de exclusiva competência do Judiciário. A sentença judicial canaliza, a partir da norma geral e abstrata, a norma particular ao caso concreto (KANT, 1993, p. 157).⁴⁵ Dessa forma, por força da separação dos poderes, a sujeição da Administração Pública às decisões judiciais ganha *status* de princípio.⁴⁶

Os princípios são valores fundantes do ordenamento jurídico e o *princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais* é condição necessária para a garantia dos direitos. No ordenamento jurídico brasileiro opera a jurisdição una (apenas o Judiciário tem o poder de decidir definitivamente as *lides* jurídicas) e a

⁴⁵ “O povo julga a si mesmo por aqueles seus concidadãos que são livremente eleitos e que são como seus representantes, porém somente em cada caso particular para que foram nomeados, porque a sentença é um ato particular da justiça pública (*justitiae distributivae*) por um administrador público (juiz ou tribunal) relativamente a um sujeito, [...] O tribunal deve, no assunto, aplicar a lei ao descobrimento do fato e por meio do poder executivo poder dar a cada um o que é seu” (KANT, 1993, p. 157-158).

⁴⁶ A sujeição às decisões judiciais aplica-se a todos, poder público e particulares.

inafastabilidade do judiciário em caso de lesão ou ameaça a lesão a direito (art. 35, XXXV da CRFB), que na falta do princípio em comento perderiam toda a razão de ser. Ademais, faltando o princípio em tela, o “governo da lei” não contaria com um poder específico para fazer valer à lei ao caso concreto, inclusive em face do Estado. O Estado de Direito, caracterizado pelo governo *sub lege* onde o poder político deve estar regulado, organizado e sobretudo limitado pelo Direito, sem o princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais seria uma utopia.

Conforme Eros Grau, nem sempre é fácil conciliar a execução de decisões judiciais com as regras constitucionais orçamentárias (1993, p. 131). É muito comum a colisão entre os princípios da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais e da legalidade da despesa pública. Em muitos casos o administrador público, para cumprir o primeiro princípio, precisa abrir créditos adicionais (suplementares ou especiais). Ocorre que, por uma regra decorrente do segundo princípio (art. 167, inciso V da CRFB), depende de autorização do legislador para a abertura do crédito, o que pode não ocorrer, frustrando a obediência à decisão judicial. Sendo assim, se faz necessário analisar de que modo se resolve essa colisão.

Eros Grau leciona que no âmbito dessa colisão é forçoso diferenciar “disponibilidade de caixa” e “exaustão orçamentária”. A *disponibilidade de caixa* ocorre quando existem valores em caixa ou depositados na rede bancária, classificados no *ativo circulante*,⁴⁷ ou seja, são as disponibilidades imediatas, representadas pelas contas de caixa, bancos conta movimento, cheques para cobrança e aplicações no mercado aberto (LUDÍCIBUS; MARTINS; GELBCKE, 2006, p. 426).

A *exaustão orçamentária* consiste na inexistência de disponibilidade de caixa, segundo o autor:

20. *Exaustão orçamentária*, no sentido que tomo no contexto deste meu parecer, é a situação que se manifesta quando inexisterem recursos suficientes para que a Administração possa cumprir determinada ou determinadas decisões judiciais. Não há, no caso, disponibilidade de caixa que lhe permita cumpri-las (GRAU, 1993, p. 144).

⁴⁷ Ativo Circulante: “Dinheiro em caixa ou em bancos; bens, direitos e valores a receber no prazo máximo de um ano, ou seja, realizável a curto prazo, (duplicatas, estoques de mercadorias produzidas, etc); aplicações de recursos em despesas do exercício seguinte”. <<http://www.portaldecontabilidade.com.br/glossario.htm>>, acesso em 29.10.2007.

Pois bem, a “disponibilidade de caixa” e a “exaustão orçamentária” servem de “suposto de fato” para resolver a colisão entre os princípios em comento. Havendo “disponibilidade de caixa”, nessa *circunstância*, o princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais *precede*, para o caso concreto, o princípio da legalidade da despesa pública - perdendo eficácia, para o caso, as regras derivadas desse princípio (v.g. art. 167 CRFB) - podendo o juiz determinar que a Administração Pública abra um crédito adicional, suplementar ou especial, independentemente de autorização legislativa, para o fiel cumprimento da ordem judicial. Como o princípio da legalidade da despesa pública foi precedido, a regra orçamentária do artigo 167, inciso V da CRFB perde eficácia para o caso concreto, conseqüentemente, por força do princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais, o Administrador poderá abrir o crédito adicional para cumprir a decisão judicial (GRAU, 1993, p. 142-143).⁴⁸

No entanto, no caso de *exaustão orçamentária*, segundo Grau, pouco importa a precedência do princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais em relação ao princípio da legalidade da despesa pública, pois mesmo afastadas as regras derivadas deste último princípio, ainda assim a Administração Pública não terá condições de cumprir às decisões judiciais, pois não tem disponibilidade de caixa. Nesse caso, não há colisão de princípios, mas um confronto entre decisão judicial e realidade, ou seja, direito e realidade se chocam frontalmente (1993, p. 144-145).⁴⁹

Nessa circunstância (*exaustão orçamentária*), Grau traz à baila a teoria da “força normativa” da Constituição teorizada por Hesse, citando um trecho onde o autor alemão diz que “*Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condições naturais*”. Na circunstância presente (*exaustão orçamentária*), a força normativa da Constituição perece, pois seu conteúdo não corresponde à natureza singular do presente. Portanto, para Grau, demonstrada a *exaustão orçamentária*, a Administração Pública poderá se escusar de cumprir a decisão judicial, em razão de estado de necessidade na modalidade de inexigibilidade de conduta diversa (GRAU, 1993, p. 148). Impor à Administração Pública a sujeição ao princípio de obediência das decisões judiciais, no caso de demonstrada *exaustão*

⁴⁸ Lembrando que qualquer oscilação de caixa gerada pelo cumprimento da decisão judicial pode ser remediada pela utilização de operações de crédito por antecipação de receita (art. 165, §8º CRFB).

⁴⁹ Salienta o autor que não basta a Administração Pública alegar *exaustão orçamentária*, deve comprovar tal situação. Essa demonstração deverá ser feita perante o STF (GRAU, 1993, p. 145).

orçamentária, seria frustrar materialmente o princípio em comento (GRAU, 1993, p. 146). Em termos weberianos, seria uma decisão judicial de pura ética de convicção.

Pois bem, aplicando essa teorização para o controle judicial de políticas públicas, o magistrado pode se deparar com a existência de créditos orçamentários na área da saúde e da educação que já foram efetivados, ou seja, que já foi realizada a despesa, ou créditos que estão vinculados a políticas públicas específicas, dentro das áreas de saúde e educação. Sendo assim, deverá o juiz aferir se há disponibilidade de caixa (a reserva do possível será um bom mecanismo para aferir essa disponibilidade), havendo, nessa circunstância precede o princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais em face ao princípio da legalidade da despesa pública (e com este a regra do artigo 165, inciso V da CRFB), podendo o juiz determinar a abertura de crédito adicional para o cumprimento da decisão judicial, independentemente de autorização legislativa, pelo menos para se iniciar a política pública reclamada pelo Ministério Público. Ademais, em razão da precedência do princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais, o Administrador não incorrerá em crime de responsabilidade.

No caso de demonstrada exaustão orçamentária, a solução dada por Eros Grau não é a mais satisfatória para o controle judicial de políticas públicas. Hesse lecionava que a pretensão de eficácia da Constituição deveria ser combinada com as condições históricas, econômicas e políticas e que a razão, consequentemente a Carta, não poderia criar a realidade, mas poderia moldá-la (1991, p. 15-19). Ora, a exaustão orçamentária (inexistência de disponibilidade de caixa) pode ser demonstrada, mas isso não impede que o juiz analise o interior da lei orçamentária para detectar possíveis alocações orçamentárias que privilegiem áreas não prioritárias do ponto de vista constitucional, tais como vultosas verbas para propaganda institucional enquanto que a saúde e a educação necessitam de investimentos.

Combinando as três premissas fixadas no início desse capítulo (garantismo jurídico e o *princípio do Estado social*, cotas orçamentárias mínimas para os direitos à saúde e à educação e dever de maximização de esforços), o juiz conta com ferramental teórico-normativo para analisar o interior da lei orçamentária e determinar a realocação de valores de áreas não prioritárias para áreas tidas como prioridades constitucionais (saúde e educação).

Ocorre que, por força da regra orçamentária do artigo 167, VI da CRFB, o remanejamento de recursos apenas pode ser feito com autorização legislativa. Sendo assim, que conduta poderá o magistrado adotar?

Se na análise da lei orçamentária for verificada alta alocação orçamentária em áreas ou para fins não priorizados constitucionalmente (v.g. propaganda institucional), nessa *circunstância*, o princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais precede o princípio da legalidade da despesa pública, perdendo eficácia, para o caso, a regra do artigo 167, VI da CRFB. Portanto, poderá o juiz determinar que o Administrador realoque (transposição, remanejamento ou transferência) recursos orçamentários para o cumprimento da decisão judicial, independentemente de autorização legislativa.

Note-se que o juiz jamais determina o *quantum* a ser aberto de crédito adicional ou de realocação, apenas determina que o valor seja suficiente para, no mínimo, dar início ao cumprimento da política pública. A determinação do valor compete ao Administrador público, sob pena de mácula ao princípio da separação dos poderes.

É importante mencionar que a partir do garantismo jurídico e o princípio do Estado social, das cotas orçamentárias mínimas para os direitos à saúde e à educação e do dever de maximização de esforços para a satisfação e proteção dos direitos fundamentais, sempre será possível determinar que o Administrador público aloque reservas orçamentárias específicas, além do mínimo exigido na Carta, para o cumprimento integral da decisão judicial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta dissertação, através de pesquisa bibliográfica, compulsando os dados através de uma análise de conteúdo, buscou trabalhar o tema do controle judicial de políticas públicas. Conforme mencionado na introdução, esta pesquisa teve como objetivo geral analisar a possibilidade do controle judicial de políticas públicas no Estado constitucional. O problema agregava três problemáticas pertencentes a campos diversos, quais sejam do procedimento, da justificação e da responsabilidade. É importante registrar que a presente pesquisa recortou o objeto de estudo tratando apenas do controle judicial de políticas públicas relativas à saúde e à educação.

Como visto, para dar conta do objetivo fixado inicialmente, se fez necessário investigar um *procedimento* que possibilitasse o controle judicial de políticas públicas, uma teoria de base que o *justificasse* e uma técnica que lhe impingisse *responsabilidade*.

Pois bem, no primeiro capítulo o Estado constitucional foi caracterizado em sua estrutura, sobretudo como aquele modelo de Estado que conta com uma Constituição rígida, com a garantia jurisdicional da Constituição, com uma Carta com força vinculante, com a aplicação direta das normas constitucionais, com a Constituição com poder de imposição aos poderes públicos e com os direitos fundamentais positivados constitucionalmente. Como ficou registrado que a atuação da Administração Pública, em uma concepção garantista, deve agir como instrumento, dentro das suas atribuições, visando satisfazer e proteger os direitos fundamentais. Com o advento do Estado social, novas finalidades foram determinadas ao Estado, essas finalidades desenharam uma nova modalidade de intervenção na sociedade, qual sejam as políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, nomeadamente os sociais. No Estado social, a Administração Pública deve ser vista também como um centro de formulação e execução de políticas públicas voltadas aos direitos sociais.

Ainda no primeiro capítulo foi definido o modo como esta pesquisa concebeu o conceito de política pública, ou seja, ela não é um fim em si mesmo, mas deve ser funcionalizada para determinadas metas e objetivos. A Constituição aparece como o maior instrumento normativo norteador da política pública. Sendo assim, foi possível concluir que a política pública deve ser guiada por uma

racionalidade instrumental, tendo como suporte normativo os valores, as metas e as diretrizes previstas constitucionalmente, ou seja, em termos weberianos, uma *ação racionalmente orientada a fins* (finalidades sinalizadas por normas constitucionais). As normas constitucionais orientam as políticas públicas quanto à finalidade, bem como quanto ao conteúdo. Dessa forma, foi possível fixar uma relação de interdependência entre direitos sociais e políticas públicas, estas como instrumentos administrativos para se efetivar aqueles; aqueles como vínculos e finalidades destas.

Tendo em vista a complexidade da política pública (conjunto de normas e atos), o elemento que promove unidade a ela é a *finalidade*, pois os atos que a compõem (normas, atos, decisões) possuem natureza heterogênea, submetendo-se a um regime jurídico próprio. O juízo de validade de uma política pública não se confunde com o juízo de validade das normas e atos que ela abarca. O elemento que promove unidade à política pública - finalidade perseguida - é definido por uma *decisão administrativa*. Destarte, o objeto do controle judicial de políticas públicas é a decisão administrativa.

As hipóteses de controle judicial identificadas nesse trabalho foram: a *ausência* de política pública, a *insuficiência* da política pública, a *ineficácia* da política pública, a *inadequação* da política pública e a *invalidação* de políticas públicas. Em todas as hipóteses identificadas o controle judicial se justifica pelo *dever* do Estado, em sua totalidade, em garantir os direitos fundamentais. Esse dever se desdobra na *satisfação*, na *proteção*, na *progressão* e na *vedação do retrocesso*. Nessas hipóteses de controle, o Poder Judiciário não substitui a Administração Pública em seus atos materiais próprios, mas apenas *coopera* para que seja *formulada*, *reforçada* e *readequada* a política pública, bem como determina a *invalidação* de uma política pública que implique retrocesso na satisfação de direitos. Igualmente, no primeiro capítulo foram antecipadas as repercussões orçamentárias do controle judicial de políticas públicas.

Foram identificados constitucionalmente os direitos à saúde e à educação, figurando em nosso ordenamento como autênticos direitos subjetivos e como serviços públicos essenciais. Do mesmo modo, a Constituição dedicou um tratamento orçamentário privilegiado a esses direitos, fixando-se montantes mínimos para a alocação orçamentária, visando a sua satisfação, proteção e ampliação.

Ao final do capítulo primeiro a política pública foi compreendida a partir das duas éticas weberianas. A ética da convicção estaria na fidelidade à Constituição e a seus postulados. Representaria a “paixão” tendo em vista que é a partir da Carta que uma política pública se direciona, pois os postulados constitucionais definem a “causa” da política pública. A ética da responsabilidade figuraria a racionalidade instrumental da política pública, ou seja, ela deve ser compreendida como a definição de meios adequados para se atingir os fins sinalizados constitucionalmente. A eleição dos meios dimensionariam as possíveis conseqüências da política pública, redundando na responsabilidade do agente frente aos resultados obtidos.

No controle judicial de políticas públicas por meio de Ação Civil Pública, a decisão judicial, muito além da subsunção, apresenta-se como uma “decisão política” a respeito do bem jurídico ou do interesse social merecedor de maior proteção pelo Estado, tendo em vista as disposições constitucionais que delimitam *os temas que não podem deixar de ser decididos*. Assim, é exigido do magistrado uma nova forma de pensar as questões a ele sujeitas. Dessa forma, o juiz não poderá julgar sem um suporte de convicção a partir da Carta, bem como não poderá se eximir das responsabilidades da sua decisão.

Uma decisão prolatada por pura “paixão constitucional” sem se ater às contingências e particularidades da realidade político-social circundante, será pouco eficaz do ponto de vista pragmático. Nessas decisões, em regra, os juízes - por agirem a partir de uma crença absoluta na Constituição - depositam a responsabilidade pelas conseqüências da decisão nos “valores constitucionais”, cabendo a esses o bônus do sucesso e o ônus do fracasso. A fidelidade à Constituição é necessária, porém não suficiente para a decisão judicial de controle de políticas públicas.

O juízo de adequação entre meios e fins, bem como a análise dos limites e possibilidades fáticos para o cumprimento da decisão judicial, são de vital importância. No controle judicial de políticas públicas, uma decisão que se guia unicamente pela ética da convicção é considerada “boa” por se pautar pelos valores constitucionais, mas poderia redundar “trágica” ao não se reportar aos limites e possibilidades de eficácia da decisão. Pelo contrário, quando se fundem as duas éticas, *fidelidade à Constituição e pressupostos de eficácia da decisão* se somam,

possibilitando uma decisão judicial “boa” em relação à ética da convicção e à ética da responsabilidade.

Por um imperativo de *ética de responsabilidade*, deve o magistrado analisar os pressupostos (limites e possibilidades) de eficácia da decisão judicial prolatada em sede de controle de políticas públicas. Visando maximizar a eficácia da decisão judicial, alguns desses pressupostos podem ser encontrados na aferição dos limites e possibilidades orçamentários para o cumprimento da ordem judicial. Ademais, essa ética de responsabilidade contribui para a responsabilização do juiz ante sua decisão.

No capítulo segundo foi abordada a Ação Civil Pública como mecanismo processual adequado para instrumentalizar o controle judicial de políticas públicas. Inicialmente os direitos à saúde e à educação foram identificados na teoria garantista como *direitos humanos* pertencentes a todos enquanto pessoas. Transferindo essa concepção para o ordenamento jurídico pátrio, os direitos à saúde e à educação foram identificados como *interesses difusos*. Dessa forma, com amparo no artigo 1º, inciso IV da Lei 7.347/85, podem eles ser tutelados mediante Ação Civil Pública.

Ainda no segundo capítulo, foi dissertado acerca do paradigma coletivo de jurisdição, do acesso à justiça e da função política do Poder Judiciário. O controle judicial de políticas públicas deve partir de uma perspectiva processual coletiva, ademais. Por meio da Ação Civil Pública na tutela de direitos fundamentais, se potencializa o direito ao acesso à justiça.

Quanto à função política do judiciário, no modelo do Estado constitucional de Direito, o Judiciário possui uma função política imanente tendo em vista dois fundamentos: o controle jurídico dos atos dos demais poderes e os direitos sociais. Os direitos fundamentais são as bases de sustentação do Estado constitucional e os direitos sociais integram a pauta de cidadania que deve ser custodiada pelo Judiciário, pois a constitucionalização desses direitos convoca o Judiciário a trabalhar para torná-los eficazes, principalmente diante da omissão dos demais poderes.

Concluiu-se pela legitimidade e pela plena viabilidade do manejo da Ação Civil Pública no controle judicial de políticas públicas. A Ação Civil Pública é um importante mecanismo processual - podendo inclusive ser concebida como uma

garantia (“remédio constitucional”) dos direitos sociais – incluindo os direitos fundamentais no cenário judicial, principalmente pela tutela coletiva desses direitos. Ademais, pela sua função constitucional e legal somadas às suas prerrogativas, o Ministério Público apresenta-se como um autor legítimo e adequado para ajuizar Ação Civil Pública visando o controle de políticas públicas.

O controle judicial de políticas públicas, nos moldes propostos, buscou um ativismo judicial progressista comprometido com a democracia substancial, contudo, sem abandonar o espaço político privilegiado dos regimes democráticos (Executivo e Legislativo). Assim, esse trabalho procurou conceber um controle judicial de políticas públicas que não abandonasse o princípio democrático de participação nas decisões. Por esse motivo, a audiência pública possibilita a participação de grupos e segmentos sociais interessados na decisão. Igualmente, por meio da audiência pública o processo judicial de controle de políticas públicas se abre à esfera pública.

O objeto de estudo do terceiro capítulo foi o garantismo jurídico. Nessa pesquisa o garantismo jurídico foi manejado como uma teoria de base para justificar o controle judicial de políticas públicas. Como visto no primeiro capítulo, o garantismo foi afirmado como um suporte de *ética de convicção* na fundamentação da decisão judicial de controle de políticas públicas. Portanto, é forçoso admitir que a teoria garantista aparece nesse trabalho como uma ideologia.

Segundo Ferrajoli, o garantismo jurídico é a teoria do Direito do Estado constitucional. O Estado constitucional expressa a fórmula política do garantismo, portanto, ele é o único modelo institucional que pode fazer prosperar o garantismo jurídico. Apenas no Estado constitucional é possível conceber um rigoroso princípio de estrita legalidade submetendo todas as esferas do poder a limites e vínculos formais e substanciais impostos pelos direitos fundamentais.

A teoria garantista, no sentido filosófico-político, consiste na fundamentação heteropoiética do Direito e do Estado. Dessa forma, ela nega qualquer valor intrínseco do Direito apenas por ser vigente exigindo-se um juízo complementar de validade, bem como afasta qualquer valor intrínseco ao poder somente por ser ele efetivo. Ademais, concebe o Direito e o Estado - Estado enquanto soma dos poderes públicos - a partir de uma noção instrumental, ou seja, funcionalizados em razão da satisfação e proteção dos direitos fundamentais.

O garantismo jurídico se apresenta como o *adequado modelo jurídico e principal traço funcional* do Estado constitucional de direito. O Estado de Direito adotado pelo garantismo jurídico é um modelo de Estado nascido a partir das modernas Constituições. Caracteriza-se, no plano formal, pelo princípio da legalidade onde todos os poderes se subordinam à lei (*legitimação formal*); e no plano material, pela *funcionalização* de todos os poderes do Estado na garantia dos direitos fundamentais (*legitimação substancial*).

Os direitos fundamentais definem a *dimensão substancial* da democracia. O princípio do Estado liberal consiste na máxima de que “nem sobre tudo se pode decidir”. O princípio do Estado social consiste na máxima de que “nem sobre tudo se pode deixar de decidir”. Sendo assim, na teoria garantista os direitos liberais circunscrevem os temas que “não podem ser decididos” e os direitos sociais circunscrevem os temas que “não podem deixar de ser decididos”. Portanto, pela teoria garantista os poderes públicos estão *limitados* (direitos liberais) e vinculados (direitos sociais) na sua decisão.

O Estado é funcionalizado mediante a internalização na Constituição de *deveres públicos* desdobrados em proibições de lesionar os direitos de liberdade, bem como de obrigações visando promover os direitos sociais. Ademais, deve ser garantido o acesso à jurisdição quando descumpridos esses deveres públicos. Em razão das fontes de legitimação formal e substancial, não há no Estado constitucional poderes sem regulação e atos de poder incontrolláveis. Todos os poderes se encontram limitados por limites e vínculos jurídicos formais e substanciais. Portanto, qualquer violação ou omissão pode suscitar a provocação da tutela jurisdicional.

Nesse sentido é que o garantismo jurídico pode funcionar como teoria de base para a justificação do controle judicial de políticas públicas. A Administração Pública tem o dever jurídico-constitucional de formular políticas públicas voltadas aos direitos sociais, nomeadamente à saúde e à educação. Uma vez não fazendo, ou fazendo de forma insuficiente, ineficaz e inadequada, pode ser compelida judicialmente a fazer aquilo que estava obrigada constitucionalmente, pois a satisfação e proteção dos direitos fundamentais sociais não consistem em uma discricionariedade do administrador público, mas em um dever constitucional.

No último capítulo foram trabalhados os limites e as possibilidades fáticas da decisão judicial de controle de políticas públicas, a partir da análise da reserva do possível e do orçamento público. Conforme visto no primeiro capítulo, a política pública pode ser entendida a partir das duas éticas weberianas. A base constitucional, representada pelos direitos fundamentais, estaria para a *ética da convicção* e a análise das possibilidades fáticas, bem como o juízo de adequação entre meios e fins, para a *ética da responsabilidade*. Portanto, qualquer decisão judicial que pretenda controlar uma política pública, deverá, necessariamente, se pautar por essas duas éticas.

No terceiro capítulo, o garantismo jurídico foi trabalhado explicitando-se seu potencial teórico para justificar o controle de políticas públicas, ou seja, um suporte de ética de convicção restou ofertado. No último capítulo, a partir da análise dos limites e possibilidades fáticos da decisão judicial - abordando-se o argumento da reserva do possível e as medidas judiciais que repercutem no orçamento público - foi fornecida uma base de *ética de responsabilidade* ao controle judicial de políticas públicas.

Esta pesquisa não concebeu a reserva do possível como um limite imanente da dimensão positiva dos direitos sociais. A escassez dos recursos orçamentários não é natural, mas artificial, ou seja, a satisfação do direito depende de uma decisão política no sentido de maior destinação de recursos orçamentários. Nenhum direito social nasce limitado pela reserva do possível, pois a escassez de recursos financeiros é artificial, produto da escolha realizada pelos poderes públicos.

A partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE 33, 303 - *numerus clausus*), é possível fixar dois parâmetros de reflexão para os casos de exigência de direitos fundamentais, nomeadamente os sociais: 1) exigência racional de direitos; 2) averiguação dos reais esforços do Estado na satisfação e proteção dos direitos fundamentais.

Quanto ao segundo parâmetro, a mera alegação de falta de recursos financeiros não deve obstar a decisão judicial. A alegação de escassez dos recursos orçamentários não deve ser pré-compreendida como um impedimento absoluto à satisfação do direito. Ademais, a demonstrada insuficiência de recursos orçamentários para o cumprimento integral de uma política pública não deve levar à conclusão da impossibilidade em se dar início à política pública. O magistrado não

pode se sentir incapaz quando a Administração Pública afirma já existir aplicação no setor carente ou não existir recurso orçamentário para tanto. A escassez de recursos deve ser demonstrada e não se apresentar como um argumento absoluto *a priori* para a não satisfação dos direitos fundamentais.

A reserva do possível, no controle judicial de políticas públicas, deve ser utilizada como imperativo de responsabilidade na satisfação dos direitos fundamentais, partindo de uma consistente análise das possibilidades orçamentárias e de um diálogo - e não enfrentamento - entre as funções do poder. A questão orçamentária deve ser analisada casuisticamente, assim, torna-se necessário distinguir o tipo de política pública que está sendo decidida. Ela deve ser utilizada no controle judicial de políticas públicas como uma necessária análise dos esforços que o Estado está empreendendo para a satisfação e proteção dos direitos fundamentais.

A atividade financeira do Estado deve estar vinculada à Constituição quanto à forma e sobretudo quanto à matéria (finalidades, vínculos e prioridades). Da mesma forma, é fundamental que o controle judicial de políticas públicas pressuponha uma análise da limitação dos recursos orçamentários. Não pode o magistrado olvidar os limites materiais quando determina a satisfação do direito.

Portanto, a reserva do possível deve ser entendida como um mecanismo voltado à mensuração dos reais esforços empreendidos pelo Estado na satisfação dos direitos fundamentais, bem como das potencialidades disponíveis para a satisfação e proteção dos direitos (v.g. disponibilidade de caixa).

Pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, o dever de progressividade e a proibição de regressividade retratam que a satisfação dos direitos sociais é paulatina. Dessa forma, cabe ao Estado justificar o porquê não faz progredir ou o faz muito lentamente e o porquê deixou retroceder, até mesmo, entre as obrigações de *tomar medidas imediatas*, se encontra o *dever de informação*. O *dever de informação* consiste em tornar público os níveis de implementação social, bem como as áreas que carecem da ação estatal no âmbito social.

O dever de informação e publicidade - decorrentes do PIDESC - aliado ao dever de justificação dos atos e omissões do governo, podem fornecer importantes parâmetros para o controle de políticas públicas, possibilitando aferir se de fato está

ocorrendo o maior investimento possível e se todos os esforços estão sendo tomados. Portanto, é possível demonstrar que existem alternativas para a satisfação dos direitos sociais, mas o poder público, por qualquer motivo, não está usando-as.

No controle judicial de políticas públicas, a questão orçamentária passa a adquirir uma centralidade de análise, ou seja, as possibilidades, os limites orçamentários e as regras e princípios de Direito financeiro devem ser compulsados. Por ética de responsabilidade, os limites e as possibilidades orçamentárias da decisão judicial devem ser analisados.

O magistrado tem às mãos um aparato teórico e normativo para controlar a Administração no tocante às políticas públicas referentes aos direitos sociais à saúde e à educação. Para tanto, a análise orçamentária no controle judicial de políticas públicas se justifica e deve pautar-se por três premissas devidamente combinadas:

1. Teoria garantista;
2. Reservas orçamentárias mínimas;
3. Dever de progresso na satisfação e proteção dos direitos sociais.

Também nesse derradeiro capítulo, foram abordadas as relações entre Estado constitucional e orçamento público. As leis orçamentárias devem pautar-se pelas prioridades constitucionais. Na perspectiva garantista, os direitos sociais vinculam as decisões políticas. Uma vez aferido o montante a ser arrecadado, devem ser decididas as finalidades e os setores que serão atendidos. É nesse momento de decisão administrativa de *como gastar* que o Administrador deve se pautar pelos direitos fundamentais que circunscrevem a esfera do que não pode deixar de ser decidido, elencando as prioridades de governo em consonância com os ditames constitucionais. Fora dessa esfera, o administrador público goza de ampla discricionariedade.

Na última parte do capítulo quatro foram identificadas algumas situações orçamentárias que a decisão de controle de políticas públicas pode encontrar: *créditos orçamentários não efetivados e créditos orçamentários efetivados*.

Na primeira situação, o magistrado poderá determinar a imediata *formulação, reforço ou readequação* da política pública pleiteada pelo Ministério Público, pois há disponibilidade orçamentária específica na área (saúde/educação).

Nessas hipóteses, basta a disponibilidade orçamentária para *iniciar* a política pública, podendo o juiz determinar que o administrador público promova alocação orçamentária suficiente e específica para o próximo ano fiscal, visando dar continuidade ao integral cumprimento da ordem judicial.

Já na segunda situação, o magistrado pode se deparar com a existência de créditos orçamentários na área da saúde e da educação que já foram efetivados, ou seja, já foi realizada a despesa ou os créditos estão vinculados às políticas públicas específicas, dentro das áreas de saúde e educação. Nesse caso, o juiz deverá analisar duas circunstâncias: a) existência de disponibilidade de caixa; b) exaustão orçamentária.

Por um exercício de ponderação, havendo “disponibilidade de caixa”, nessa *circunstância*, o princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais *precede*, para o caso concreto, o princípio da legalidade da despesa pública, perdendo eficácia, para o caso, as regras derivadas desse princípio (v.g. art. 167 CRFB). Assim, poderá o juiz determinar que a Administração Pública abra um crédito adicional, suplementar ou especial - independentemente de autorização legislativa - para o fiel cumprimento da ordem judicial.

Quanto à exaustão orçamentária, combinando as três premissas fixadas (garantismo jurídico e o *princípio do Estado social*, cotas orçamentárias mínimas para os direitos à saúde e educação e dever de maximização de esforços), o juiz conta com um ferramental teórico-normativo para analisar o interior da lei orçamentária e determinar a realocação de valores de áreas não prioritárias para áreas tidas como prioridades constitucionais (saúde e educação).

Ocorre que, por força da regra orçamentária do artigo 167, VI da CRFB, o remanejamento de recursos apenas pode ser feito com autorização legislativa. Sendo assim, que conduta poderá o magistrado adotar?

Se na análise da lei orçamentária for verificada alta alocação orçamentária em áreas ou para fins não priorizados constitucionalmente (v.g. propaganda institucional), nessa *circunstância*, o princípio da sujeição da Administração Pública às decisões judiciais *precede* o princípio da legalidade da despesa pública, perdendo eficácia, para o caso, a regra do artigo 167, VI da CRFB. Portanto, poderá o juiz determinar que o Administrador realoque (transposição, remanejamento ou

transferência) recursos orçamentários para o cumprimento da decisão judicial, independentemente de autorização legislativa.

Note-se que o juiz jamais determina o *quantum* a ser aberto de crédito adicional ou de realocação, apenas determina que o valor seja suficiente para, no mínimo, dar início ao cumprimento da política pública. A determinação do valor compete ao Administrador público, sob pena de mácula ao princípio da separação dos poderes.

É importante mencionar que a partir do garantismo jurídico, do princípio do Estado social, das cotas orçamentárias mínimas para os direitos à saúde e à educação e do dever de maximização de esforços para a satisfação e proteção dos direitos fundamentais, sempre será possível determinar que o Administrador público aloque reservas orçamentárias específicas, além do mínimo exigido na Carta, para o cumprimento integral da decisão judicial.

Trazidas essas conclusões parciais dos capítulos, os esforços empreendidos nesse trabalho levam à conclusão de que a hipótese de pesquisa deve ser confirmada. Portanto, é possível afirmar o controle judicial de políticas públicas no Estado constitucional. O ordenamento jurídico brasileiro conta com um procedimento legítimo e adequado (Ação Civil Pública), existe no plano teórico uma teoria de base que justifique o controle (garantismo jurídico), bem como existe um suporte normativo e teórico apto para viabilizar um controle responsável que compulse detidamente os limites e as possibilidades fáticas da decisão judicial de controle de políticas públicas.

O controle judicial de políticas públicas é algo sintomático do Estado constitucional ou é algo patológico? A conclusão que se chegou nessa pesquisa – sem qualquer pretensão definitiva – é que essa modalidade de controle da Administração Pública é sintomática ao Estado constitucional, ante as omissões dos poderes Executivo e Legislativo nas suas atividades pela busca de efetivação do projeto constitucional.

O controle judicial de políticas públicas aqui proposto, ao contribuir pela satisfação e proteção dos direitos sociais, impulsiona à plenitude a democracia substancial, conseqüentemente, contribui para a real participação política, pois não há que se falar em democracia quando os partícipes do processo democrático não possuem condições de saúde, educação e cultura para efetivamente participarem.

O controle judicial de políticas públicas aparece quando os demais poderes não funcionam ou funcionam mal no que tange à satisfação e proteção dos direitos fundamentais. Nessas circunstâncias, o controle judicial de políticas públicas é necessário, no entanto, deve ser limitado. Encontrar esses limites talvez seja o maior desafio aos pesquisadores. Por esse motivo se faz urgente uma dogmática para o controle judicial de políticas públicas.

É possível afirmar que o maior problema não é justificar o controle judicial de políticas públicas, pois a Constituição de 1988 oferece um suporte normativo para tanto. Portanto, o controle judicial de políticas públicas não é um decisionismo à revelia da norma. O principal problema se localiza nos limites da atuação judicial. Até onde avançar sem macular um sistema democrático sob a égide da separação dos poderes? Outrossim, torna-se necessário evitar decisões judiciais impossíveis de ser cumpridas, ancoradas apenas em uma fidelidade absoluta no texto constitucional (decisões judiciais de pura ética de convicção).

Acreditamos que com essa pesquisa foram dados importantes passos não apenas para justificar o controle judicial de políticas públicas, mas também para compreendê-lo e limitá-lo. O fornecimento de uma teoria de base (garantismo jurídico) também é o fornecimento de pressupostos racionais de controle. O uso das audiências públicas pode servir, também, como um mecanismo de controle da decisão a partir da esfera pública. Ademais, a análise dos limites e possibilidades fáticos da decisão judicial por meio da reserva do possível e da reflexão responsável do orçamento público, pode contribuir para limitar a atuação judicial.

Por fim, é importante mencionar que o controle judicial de políticas públicas é um tema em aberto. Existem muitos pontos a serem trabalhados para se melhor compreender essa modalidade de controle da Administração Pública. O próprio conceito de política pública renderia um excelente tema de pesquisa. Infelizmente, tendo em vista os limites de um trabalho de dissertação, faltou nesse trabalho uma longa análise sobre a separação dos poderes e a discricionariedade administrativa. Igualmente, futuros trabalhos poderão analisar com mais afinco as repercussões orçamentárias da decisão judicial de controle de políticas públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer. O poder soberano e a vida nua I.** Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Chistian. **Los derechos sociales como derechos exigibles.** Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: CEC, 2002.

_____. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios.** Serie de teoria juridica y filosofia del derecho, n. 28. Bogotá: 2003, Universidade Externado de Colombia.

_____. *Derechos fundamentales y Estado constitucional democrático.* In. **Neoconstitucionalismo(s).** (Org) Miguel Carbonell. Trotta: Madrd, 2003.

ALEXY, Robert. **Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático.** Trad. Luís Afonso Heck. in. Revista de Faculdade de Direito da UFRGS. Vol. 17. São Paulo: Síntese, 1999.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. *A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais.* In. **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.** (Org). Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha.** Renovar: Rio de Janeiro, 2001.

APPIO, Eduardo. **O controle judicial de políticas públicas no Brasil.** Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2004.

ARENHART, Sergio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário.** In. <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177&p=2>>, acesso em 21.06.2007.

ARGÜELLO, Katie Silene Cáceres. **O Ícaro da modernidade: Direito e política em Max Weber.** São Paulo: Acadêmica, 1997.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. **Fundamentação ética e hermenêutica. Alternativas para o Direito.** Florianópolis: Ed. Cesus, 2002.

_____. *Constituição: ordem e terror. Validação e desvalidação da luta democrática.* In. **Direitos Humanos e Desenvolvimento.** (Org). Edmundo Lima de Arruda Junior; Leila Carioni Barbosa. Florianópolis: Editora da OAB/SC, 2005.

_____. *Por que Weber.* In. **Max Weber. Direito e modernidade.** (Org). Edmundo Lima de Arruda Junior. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 1996.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico**. Trad. Sérgio Bath. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ATIENZA, Manuel. **As razões do Direito. Teorias da argumentação jurídica**. Trad. Maria Cupertino. 3.ed. São Paulo: Landy, 2003.

_____. **Derecho y argumentación**. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22.ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Sentença e coisa julgada (ensaio e pareceres)**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle judicial de políticas públicas**. <[http: www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>.

BARROSO, Luíz Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito financeiro e de direito tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. **Canotilho e a Constituição dirigente**. (Org.) Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Políticas públicas e dirigismo constitucional*. In. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 3. Curitiba: ABDConst, 2003.

_____. *Constituição e Política: uma relação difícil*. In. **Revista Lua Nova**. n. 61. São Paulo: CEDEC, 2003.

_____. *Constituição e superação das desigualdades regionais*. In. **Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. (Org.) Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito.** Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORTOLI, Adriano de. A validade dos atos administrativos e a vinculação da administração pública aos direitos fundamentais. In. **Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneo.** (Org.) Luiz Henrique Urquhart Cademartori. Florianópolis: Momento Atual, 2004.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional. A problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea.** Dissertação (Mestrado em Direito). Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas.** Saraiva: São Paulo, 2002.

_____. *O conceito de política pública em direito.* In. **Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico.** (Org.) Maria Paula Dallari Bucci. Saraiva: São Paulo, 2006.

CABO, Antonio de; PISARELLO, Gerardo. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** Madrid: 2001.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discrecionalidade administrativa no Estado Constitucional de Direito.** Curitiba: Juruá, 2003.

CADEMARTORI, Sérgio Urquhart. **Estado de Direito e Legitimidade. Uma abordagem garantista.** 2.ed. Campinas: Millennium, 2006.

CAMPILONGO, Celso. *Magistratura, sistema jurídico e sistema político.* In. **Direito e Justiça. A função social do Poder Judiciário** (Org.) José Eduardo Faria. 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas.** Coimbra: Coimbra editora, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juizes legisladores?** Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999.

_____. **Acesso à justiça.** Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

_____. *Tutela dos interesses difusos.* Trad. Tupinambá Pinto Azevedo. In. Revista AJURIS, n.33, Porto Alegre, 1984.

_____. *Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil.* Trad. Nelson Renato Palaia Ribeiro Campos. In. **Revista de Processo**, n.5, 1997.

CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli.* In **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico**

de Luigi Ferrajoli. (Org.) Miguel Carbonell; Pedro Salazar: Madrid: Trotta, 2005.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo em movimento.** Niterói: LUAM, 1997.

CASTRO, Marcus Faro de; RIBEIRO, Rochelle Pastana. **Tribunais e políticas públicas: um estudo comparado.** Artigo apresentado no 3º Congresso Latino-americano (ALACIP). Universidade Estadual de Campinas (Unicamp), 2006.

CASTRO, Marcus Faro de. *O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.* In. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Vol. 12, n. 34. São Paulo: ANPOCS, 1997.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais.* In. **Boletim científico da Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, ano 2, n.8, p. 151-161, jul./set.** 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas.* In. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** Celso Antonio Bandeira de Mello (Org). Malheiros: São Paulo, 1997.

CONSTANT, Benjamín. **Curso de política constitucional.** Trad. F.L. deYturbe. Madrid: Taurus, 1998

COSTA, Maurício Mesurini da. *“El derecho ductil. Ley, derechos y justicia”.* Resenha. In. **Revista Novos Estudos Jurídicos.** Vol. 11, n. 2. Jul-Dez 2006. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

COSTA, Maurício Mesurini da; CASTRO, Alexsander. **A racionalidade do Direito constitucionalizado: aproximações entre Weber e Ferrajoli.** Comunicação apresentada no 10º Congresso Internacional de Direito Alternativo, 26.10.2006, Cesus, Florianópolis/SC.

CÓRDOVA, Lorenzo Vianello. *Constitucionalismo democrático y ordem global.* In. **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.** Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Trotta: Madrid, 2005, p. 447-462.

CUNHA, Alcides A. MUNHOZ DA. *Evolução das ações coletivas no Brasil.* In. *Revista de Processo.* n. 77, p. 224-235. Jan. – Mar. 1995.

CUNHA, Célia Iraci da. **Direitos fundamentais e controle jurisdicional de políticas públicas.** Florianópolis, 2004. 99f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina.

DALLA VIA, Alberto. **Los jueces frente a la política.** In. <<http://www.cervantesvirtual.com/porta/DOXA/>>, acesso em 25.11.2006.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio.** Barcelona: Ariel, 1984.

ENTERRÍA, Eduardo García. **La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa.** Madrid: Alianza editorial, 2001.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional.* In. **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba.** Celso Antonio Bandeira de Mello (Org). São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA, Ximena Cardozo. **A Possibilidade do Controle da Omissão Administrativa na Implementação de Políticas Públicas Relativas à Defesa do Meio Ambiente.** <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>>, acesso em 26.05.2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón – teoría del garantismo penal.** 3.ed. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1998.

_____. **Derechos y garantías. La ley del más débil.** Madrid: Trotta, 1999.

_____. **Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia.** Madrid: Trotta, 2006.

_____. *Derechos fundamentales.* In. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** (Org.) Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Los derechos fundamentales en la teoría del derecho.* In. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** (Org.) Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* In. **Los fundamentos de los derechos fundamentales.** (Org.) Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina. **Políticas públicas. A responsabilidade do Administrador e o Ministério Público.** São Paulo: Max Limonad, 2000.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. **O controle judicial de políticas públicas.** São Paulo: RT, 2005.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais.** 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública.** São Paulo: Malheiros, 2007.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado.** Barueri: Manole, 2003.

GASTALDI, Suzana. **A implantação de políticas públicas como objeto**

juridicamente possível da ação civil pública. In. <
http://www.juristas.com.br/mod_revistas.asp?ic=124>, acesso em 21.06.2007.

GIANFORMAGGIO, Leticia. **Le ragioni del garantismo.** Torino: G.Giappichelli, 1993.

GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano.* In. **Neoconstitucionalismo(s).** (Org.) Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Despesa pública - conflito entre princípios e eficácia das regras jurídica - o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública.* In. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 02. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 130-148.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *A tutela jurisdicional dos interesses difusos.* In. **Revista de Processo**, n. 14/15, p. 25-44, abr/set. São Paulo: 1979.

_____. **Ações ambientais de hoje e de amanhã. Dano ambiental – Prevenção, reparação e repressão.** São Paulo: RT, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade.** Vol. 2. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

_____. **Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y racionalización social.** Buenos Aires: Taurus, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos interpretes da Constituição – Contribuições para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1997.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Européia. Síntese de um milênio.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime.* In. **Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime.** (Org.) António Manuel Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** 2.ed. São Paulo: Abril, 1974.

HONÓRIO, Cláudia. *O custo dos direitos prestacionais.* In. **A&C R. Dir. Administrativo e Constitucional.** Ano 6, n. 25, jul-set 2006. Belo Horizonte. p. 145-159.

KANT, Immanuel. **Doutrina do Direito.** Trad. Edson Bini. São Paulo: Ícone, 1993.

KELSEN, Hans. **Quién debe ser el defensor de la Constitución?** Trad. Roberto J. Brie. 2.ed. Madrid: Tecnos, 1999.

KOERNER, Andrei. **Judiciário e Cidadania. Na constituição da República brasileira.** São Paulo: Hucitec/USP, 1998.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora Alves. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises.* In. **Revista Lua Nova**, n. 57. São Paulo: CEDEC, 2002.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Trad. Anoar Aiex; E. Jacy Monteiro. 3.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

LOPES JUNIOR, Eduardo Monteiro. **A judicialização da política no Brasil e o TCU.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *A função política do Poder Judiciário.* In. **Direito e Justiça. A função social do Poder Judiciário** (Org.) José Eduardo Faria. 1998.

_____. *Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito.* In. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça.** (Org) José Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros, 1994.

LORA, Pablo. *Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortíssimo.* In. **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli.** (Org.) Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Trotta: Madrid, 2005, p. 251-266.

LUDÍCIBUS, Sérgio; MARTINS Eliseu; GELBCKE, Ernesto Rubens. **Manual de Contabilidade das sociedades por ações; Aplicável às demais sociedades.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. *Ação Civil Pública. O direito social e os princípios.* In. **A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.** (Org.) Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas.** Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Controle judicial das chamadas políticas públicas.* In. **Ação civil pública. Lei 7.347/85 - 15 anos.** (Org.) Édis Milaré. São Paulo: RT, 2001.

_____. **A Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios.** (Org.) Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005.

MARTINS, Leonardo (Org.) **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão.** Trad. Beatriz Hennig, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Tereza Maria de Castro e Vivianne Geraldês Ferreira. Uruguai: Fundação Konrad Adenauer Stiftung, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública.** São Paulo: RT, 1993.

MENDES, Gilmar. *Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade.* In. **A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.** (Org) Édis Milaré. São Paulo: RT, 2005, p. 195-206.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MORESO, José Juan. **Sobre los conflictos entre derechos**. In. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. (Org.) Miguel Carbonell; Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005.

NEGRI, Antonio. **O poder constituinte. Ensaio sobre as alternativas da modernidade**. Trad. Adriano Pilatti. Rio de Janeiro, DP&A, 2002.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. São Paulo: RT, 2006.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **A eficácia dos direitos fundamentais frente à reserva do possível**. Curitiba, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Paraná.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. **A jurisdição como elemento de inclusão social. Revitalizando as regras do jogo democrático**. São Paulo: Manole, 2002.

PINTORE, Anna. *Derechos insatiabiles*. In. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. (Org.) Antonio de Cabo e Gerardo Pisarello. Madrid: Trotta, 2001.

PIZZOLATTI, Rômulo. **O controle jurisdicional do mérito da atividade administrativa**. Tese (Doutorado em Direito). Centro de Ciências Jurídicas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2001.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O juiz e a emoção: aspectos da lógica na decisão judicial**. 3.ed. Campinas: Millennium, 2005.

PRIETO, Luis. **Ley, Principios, Derechos**. Madrid: Dykinson, 1998.

_____. **Constitucionalismo y garantismo**. In. Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli. (Org.) Miguel Carbonell; Pedro Salazar. Madrid: Trotta, 2005.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e social-democracia**. São Paulo: Companhia das letras. 1989.

RADBRUCH, Gustav. **Introdução à ciência do direito**. Trad. Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Trad. Almiro Pisetta; Lenita Maria Rímoli Estaves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RENTERÍA, Adrian Díaz. *Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli*. In. **Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Miguel Carbonell e Pedro Salazar. Trotta: Madrid, 2005, p.119-146.

ROSA, Alexandre Moraes da. **O que é garantismo jurídico?** Florianópolis: Habitus, 2003.

ROSANVALLON, Pierre. **L'Etat en France de 1789 à nos Jours**. 2.ed. Paris: Éditions du Seuil, 1992.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados: uma imagem em movimento**. (Org.) Maria Tereza Sadek. Editora FGV: Rio de Janeiro, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da justiça*. In. **Direito e Justiça. A função social do Poder Judiciário** (Org.) José Eduardo Faria. 1998.

SANTOS, Marília Lourido. **Políticas públicas (econômicas) e controle**. In. < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3179&p=2>>, acesso em 21.06.07.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3.ed. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A constituinte burguesa. Que é o terceiro estado?** Trad. Norma Azevedo. 3.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 1997.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Sandoval Alves da. **Direitos sociais: leis orçamentárias como instrumento de implementação**. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Maria Lúcia Gomes de. **A função jurisdicional e os direitos sociais: a legitimidade democrática do Poder Judiciário**. Florianópolis, 2005. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TENÓRIO, Igor; MAIA, J. Motta. **Dicionário de Direito Tributário**. São Paulo: Bushatsky, 1975.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *Controle judicial da regulamentação de políticas públicas*. In. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Vol. 03. Curitiba: ABDConst., 2003, p. 187-194.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In. **Revista de Direito Administrativo**. Jul./Set. 1989. Rio de Janeiro.

UPRIMNY, Rodrigo. GARCIA-VILLEGAS, Maurício. SANTOS. **Democratizar a democracia. Os caminhos da democracia participativa**. Boaventura de Souza (org.). Vol.1. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

VIANNA, Luís Werneck (Org). **A democracia e os três poderes no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

VIANNA, Luís Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, José Ribas. *Os direitos individuais, sociais e coletivos no Brasil*. In. **Revista de Informação Legislativa**. n. 104, p. 275-282, out-dez 1989.

WARAT, Luis Alberto. **Por Quien Cantan Las Sirenas**. Florianópolis: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Trad. Johannes Wincklemann. Vol. 1. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

_____. **Economia e Sociedade**. Trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Vol. 2. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2004.

_____. **Ciência e Política: duas vocações**. Trad. Leonicas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4.ed. São Paulo: Cutrix, 1998.

_____. **Metodologia das ciencias sociais**. Trad. Augustin Vernet. Vol. 2. São Paulo: Cortez, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, Derechos y justicia**. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995.